الجزء السابع من :



# المغني

أوسع ما ظهر في الفقه الإسلامي مع الترجيح بين الأقوال بالدليل

## لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المتوفى سنة ٦٢٠ هـ

على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي

بتصحيح الدكتور

محمد خليل هراس

المدرس بكلية أصول الدين

مطبعة الامام ١٣ شارع قرقول المنشية بالقلعة بمصر

بسم الله الرحمن الرحيم

## فصل

ويستحب إعلان النكاح والضرب فيه بالدف ، قال أحمد يستحب أن يظهر النكاح ويضرب فيه بالدف حتى يشتهر ويعرف، وقيل له ما الدف ؟ قال هذا الدف قال لا بأس بالغزل فى العرس بمثل قول النبى صلى الله عليه وسلم للأنصار « أتيناكم أتيناكم فحيونا نحييكم لولا الذهب الأحمر ما حلت بواديكم ، ولولا الحنطة السوداء ماسمنت عذاريكم » لا على مايصنع الناس اليوم ومن غير هذا الوجه « ولولا الحنطة الحمراء ما سمنت عذاريكم » .

وقال أحمد أيضاً : يستحب ضرب الدف والصوت فى الاملاك ، فقيل له ما الصوت ؟ قال يتكلم ويتحدث ويظهر، والأصل فى هذا ماروى محمد بن حاطب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « فصل مابين الحلال والحرام، الصوت والدف فى النكاح » رواه النسائى : وقال عليه السلام « أعلنوا النكاح — وفى لفظ — أظهروا النكاح » وكان يحب أن يضرب عليها بالدف ، وفى لفظ « واضربوا عليه بالغربال » .

وعن عائشة أنها زوجت يتيمة رجلا من الأنصار وكانت عائشة فيمن أهداها الى زوجها، قالت فلما رجعنا قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم « ماقلتم يا عائشة ؟ - قالت سلمنا ودعونا بالبركة ثم انصرفنا ، فقال - ان الأنصار قوم فيهم غزل ألا قلتم ياعائشة أتيناكم أتيناكم فحيانا وحياكم » روى هذا كله أبو عبدالله ابن ماجه فى سننه ، وقال أحمد رحمه الله لابأس بالدف فى العرس والختان وأكره الطبل وهو المنكر وهو الكوبة التى نهى النبى (ص) .

( فصل ) فإن عقده بولى وشاهدين فأسروه أو تواصوا بكتمانه كره ذلك وصح النكاح ، وبه يقول أبى حنيفة والشافعى وابن المنذر ، وممن كره نكاح السر عمر رضى الله عنه وعروة وعبد الله بن عبيد الله بن عتبة والشعبى ونافع مولى ابن عمر وقال أبو بكر عبد العزيز النكاح باطل لان أحمد قال إذا تزوج بولى وشاهدين : لا حتى يعلنه ، وهذا مذهب مالك والحجة لهنا ماتقدم فى الفصل الذى قبل هذا .

ولنا قوله « لا نكاح إلا بولى » مفهومه انعقاده بذلك وان لم يوجد الاظهار ولأنه عقد معاوضة فلم يشترط اظهاره كالبيع، وأخبار الاعلان يراد بها الاستحباب بدليل أمره فيها بالضرب بالدف والصوت وليس ذلك بواجب فكذلك ماعطف عليه ، وقول أحمد : لا . نهى كراهة فانه قد صرح فيما حكينا عنه قبل هذا باستحباب ذلك ولأن إعلان النكاح والضرب فيه بالدف انما يكون فى الغالب بعد عقده ولو كان شرطا لاعتبر حالة العقد كسائر الشروط .

## ﴿ فصـــل ﴾

ويستحب عقد النكاح يوم الجمعة لأن جماعة من السلف استحبوا ذلك ، منهم سمرة بن حبيب وراشد بن سعيد وحبيب بن عتبة ولأنه يوم شريف ويوم عيد فيه خلق الله آدم عليه السلام والمساية أولى بأن أبا حفص روى بإسناده عن أبي هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مسوا بالأملاك فإنه أعظم للبركة » ولأنه أقرب الى مقصوده وأقل لانتظاره .

( فصل ) ويستحب أن يقال للمتزوج بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما فى خير وعافية ، وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن اثر صفرة فقال « ما هذا ؟ فقال : انى تزوجت إمرأة على وزن نواة من ذهب قال : بارك الله لك أولم ولو بشاة » متفق عليه ، قال بعض أهل العلم وزن النواة خمسة دراهم وذلك ثلاثة مثاقيل ونصف من الذهب، وقال المبرد الصواب عند أهل العلم بالعربية أن يقال على نواة لحسب فإن النواة عندهم اسم خمسة دراهم كما أن الأوقية أربعون درهما والنش عشرون والله أعلم .

( فصل ) ويستحب أن يقول إذا زفت اليه ما روى صالح بن أحمد فى مسائله عن أبيه حدثنا داود عن أبى نضرة عن أبى سعيد مولى أبى أسيد قال « تزوج فحضره عبد الله بن مسعود وأبو ذر وحذيفة وغيرهم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فحضرت الصلاة فقدموه وهو مملوك فصلى بهم ثم قالوا له إذا دخلت على أهلك فصل ركعتين ثم خذ برأس أهلك فقل اللهم بارك لى فى أهلى وبارك لأهلى فى وارزقهم منى وارزقنى منهم ثم شأنك وشأن أهلك » .

وروى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا تزوج أحدكم إمرأة أو اشترى خادما فليقل اللهم إنى أسألك خيرها وخير ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه واذا اشترى بعيراً فليأخذ بذروة سنامه وليقل مثل ذلك » .

« مسألة » قال ( وليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات )

أجمع أهل العلم على هـذا ولا نعلم أحداً خالفه إلا شيئا يحكى عن القاسم ابن إبراهيم أنه أباح تسعا لقول الله تعالى ( فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ) والواو للجمع ولأن النبي صلى الله عليه وسلم مات عن تسع وهذا ليس بشيء ، لأنه خرق للاجماع وترك للسنة فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لغيلان بن سلمة حين أسلم وتحته عشر نسوة « أمسك اربعا وفارق سائرهن » وقال نوفل بن معاوية أسلمت وتحتى خمس نسوة فقال النبي صلى الله عليه وسلم « فارق واحدة منهن » رواهما الشافعي فى مسنده وإذا منع من استدامة زيادة عن أربع فالابتداء أولى فالآية أريد بها التخيير بين اثنتين وثلاث واربع كما قال ( اولى اجنحة مثنى وثلاث ورباع ) ولم يرد ان لكل ملك تسعة اجنحة ولو اراد ذلك لقال تسعة ولم يكن للتطويل معنى، ومن قال غير هذا فقد جهل اللغة العربية، واما النبى صلى الله عليه وسلم فمخصوص بذلك ألا ترى انه جمع بين اربعة عشر .

« مسألة » قال ( وليس للعبد ان يجمع إلا اثنتين )

اجمع اهـل العلم على ان للعبد ان ينكح اثنتين واختلفوا فى إباحة الأربع فذهب احمد انه لا يباح له إلا اثنتان ، وهـذا قول عمر رضى الله عنه وعلى وعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهما ، وبه قال عطاء والحسن والشعبي وقتادة والثورى والشافعى وأصحاب الرأى .

وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبدالله وطاوس ومجاهد والزهرى وربيعة ومالك وابو ثور وداود : له نكاح اربع لعموم الآية ولأن هذه طريقه اللذة والشهوة فساوى العبد الحر فيه كالمأكول .

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعا ، وقد روى ليث بن ابي سليم عن الحكم بن قتيبة قال « أجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين » ويقوى هذا ما روى الإمام احمد بإسناده عن محمد بن سيرين ان عمر رضي الله عنه سأل الناس : كم يتزوج العبد ؟ فقال عبد الرحمن بن عوف بإثنتين وطلاقه باثنتين ؛ فدل هذا على ان ذلك كان بمحضر من الصحابة وغيرهم فلم ينكر ، وهذا يخص عموم الآية ، على ان فيها ما يدل على ارادة الاحرار ، وهو قوله ( أو ما ملكت أيمانكم ) ويفارق النكاح المأكول فإنه مبنى على التفضل ، ولهذا فارق النبي صلى الله عليه وسلم فيه أمته ، ولان فيه ملكا والعبد ينقص في الملك عن الحر

« مسألة » قال ( وله أن يتسرى بإذن سيده )

هذا هو المنصوص عن احمد في رواية الجماعة ؛ وهو قول ابن عمر وابن عباس والشعبي والنخعي والزهري ومالك والاوزاعي والثوري وابي ثور ، وكره ذلك ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأى ، وللشافعي قولان مبنيان على ان العبد هل يملك بتمليك سيده أو لا ؟

وقال القاضي أبو يعلى : يجب ان يكون في مذهب احمد في تسرى العبد وجهان مبنيان على الروايتين في ثبوت الملك له بتمليك سيده ؛ واحتج من منع ذلك بأن العبد لا يملك المال ولا يجوز الوطء الا في نكاح أو ملك يمين ، لقول الله تعالى ( الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون ) .

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفا . روى الاثرم بإسناده عن ابن عمر أنه كان لا يرى بأسا ان يتسرى العبد ، ونحوه عن ابن عباس ولأن العبد يملك في النكاح فملك التسرى كالحر ، وقولهم ان العبد لا يملك المال ممنوع ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من اشترى عبداً وله مال » فجعل المال له ، ولانه آدمي فملك المال كالحر ، وذلك لأنه بآدميته يتمهد لأهلية الملك

اذ كان الله تعالى خلق الاموال للآدميين ليستعينوا بها على القيام بوظائف التكاليف وأداء العبادات ، قال الله تعالى ( هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا ) والعبد داخل فى العموم ومن أهل التكليف والعبادات فيكون أهلا للملك ولذلك ملك فى النكاح . واذا ثبت الملك للجنين مع كونه نطفة لا حياة فيها باعتبار مآله الى الآدمية فالعبد الذى هو آدمى مكلف أولى

اذا ثبت هذا فلا يجوز له التسرى الا باذن سيده ، ولو ملكه سيده جارية لم يبح له وطؤها حتى يأذن له فيه ، لأن ملكه ناقص ولسيده نزعه منه متى شاء من غير فسخ عقد ، فلم يكن له التصرف فيه الا باذن سيده ، فإن أذن له فقال : تسر بها أو أذنت لك فى وطئها أو ما دل عليه أبيح له ، وما ولد له من التسرى فحكمه حكم ملكه لان الجارية مملوكة له فكذلك ولدها ، وان تسرى بغير اذن سيده فالولد ملك سيده .

## ( فصل )

وله التسرى بما شاء اذا أذن له السيد فى ذلك ، نص عليه احمد لان من جاز له التسري جاز من غير حصر كالحر ، فإن أذن له وأطلق التسرى تسرى بواحدة وكذلك اذا أذن له فى التزويج لم يجز ان يتزوج أكثر من واحدة ، وبهذا قال أصحاب الرأى وابو ثور ، واذا أذن له فى التزويج فعقد على اثنتين فى عقد جاز

ولنا أن الأذن المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم يقينا وما زاد مشكوك فيه فيبقى على الاصل كما لو أذن له فى طلاق امرأته لم يكن له أن يطلق أكثر من واحدة ، ولان الزائد على الواحدة يحتمل ان يكون غير مراد فيبقى على أصل التحريم كما لو شك هل أذن له أو لا ؟

( فصل ) والمكاتب كالعبد القن لا يتزوج ولا يتسرى الا باذن سيده ، لان فى ذلك اتلافا للمال الذى فى يديه ، وقد قال عليه السلام « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » وأما المعتق بعضه فاذا ملك بجزئه الحر جارية فملكه تام وله الوطء بغير اذن سيده ، لقوله سبحانه ( أو ما ملكت أيمانكم ) ولان ملكه عليها تام له التصرف فيها بما شاء بغير اذن سيده ، فكذلك الوطء وما فيه من الرق لايمنعه من

استيفاء ما يملكه كما له أن يتصرف ويأكل ما ملكه بنصفه الحر . وقال القاضي : حكمه حكم القن وهو منصوص الشافعي ، وقال بعض أصحابه كقولنا ، واحتج من منع ذلك بأنه لا يمكنه الوطء بنصفه الحر وحده وكذلك منعناه التزويج حتى يأذن له سيده .

ولنا أنه لا حق لسيده فيها ولا يلحقه ضرر باستمتاعه منها فلم يعتبر إذنه فيها كاستخدامها ، وأما التزويج فإنه يلزمه به حقوق تتعلق بجملته فاعتبر رضى السيد ليكون راضيا بتعلق الحق بملكه بخلاف مسألتنا فإن الحق له لا عليه ، فأما إن أذن له سيده فيه جاز إلا عند من منع العبد التسرى لأنه كالقن في قولهم .

( فصل ) نقل محمد بن ماهان عن أحمد لا بأس للعبد أن يتسرى إذا أذن له سيده فإن رجع السيد فليس له أن يرجع إذا أذن له مرة وتسرى ، وكذلك نقل عنه إبراهيم بن هانى ويعقوب بن بختان ولم أر عنه خلاف هذا ، فظاهر هذا أنه إذا تسرى بإذن السيد لم يملك السيد الرجوع لأنه يملك به البضع فلم يملك سيده فسخه قياسا على النكاح .

وقال القاضي : يحتمل أنه أراد بالتسرى ههنا التزويج وسماه تسريا مجازاً ويكون للسيد الرجوع فيما ملك عبده ، وظاهر كلام أحمد خلاف هذا ، وذلك لأنه ملكه بضعا أبيح له وطؤه فلم يملك رجوعه فيه كما لو زوجه .

« مسألة » قال ( ومتى طلق الحر أو العبد طلاقا يملك الرجعة أو لا يملك لم يكن له أن يتزوج أختها حتى تنقضي عدتها وكذلك إذا طلق واحدة من أربع لم يتزوج حتى تنقضي عدتها وكذلك العبد إذا طلق احدى زوجتيه )

وجملة ذلك : أن الرجل اذا تزوج امرأة حرمت عليه أمها على التأبيد وتحرم عليه أختها وعمتها وخالتها وبنت أخيها وبنت أختها تحريم جمع ، وكذلك ان تزوج الحر أربعا حرمت الخامسة تحريم جمع ، وان تزوج العبد اثنين حرمت الثالثة تحريم جمع فإذا طلق زوجته طلاقا رجعيا فالتحريم باق بحاله فى قولهم جميعا ، وان كان الطلاق بائنا أو فسخا فكذلك عند امامنا حتى تنقضي عدتها ، وروى ذلك عن علي وابن عباس وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد والنخعي والثوري

وأصحاب الرأى ، وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبى ليلى ومالك والشافعى وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر : له نكاح جميع من سمينا فى تحريم الجمع ، وروى ذلك عن زيد بن ثابت لأن المحرم الجمع بينهما فى النكاح بدليل قوله تعالى ( حرمت عليكم أمهاتكم ) أى نكاحهن ثم قال ( وأن تجمعوا بين الأختين الا ما قد سلف ) معطوفا عليه والبائن ليست فى نكاحه ، ولأنها بائن فأشبهت المطلقة قبل الدخول .

ولنا قول على وابن عباس وروى عن عبيدة السلمانى أنه قال « ما أجمعت الصحابة على شىء كإجماعهم على أربع قبل الظهر وأن لا تنكح امرأة فى عدة أختها » .

وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه فى رحم أختين » وروى عن أبى الزناد قال « كان للوليد بن عبد الملك أربع نسوة فطلق واحدة البتة وتزوج قبل أن تحل فعاب ذلك عليه كثير من الفقهاء » وليس كلهم عابه ، قال سعيد بن منصور اذا عاب عليه سعيد بن المسيب فأى شىء بقى ؟ ولأنها محبوسة عن النكاح لحقه ، أشبه ما لو كان الطلاق رجعيا ، ولأنها معتدة فى حقه أشبهت الرجعية وفارق المطلقة قبل الدخول بها .

( فصل ) ولو أسلم زوج المجوسية أو الوثنية أو انفسخ النكاح بين الزوجين بخلع أو رضاع أو فسخ بعيب أو اعسار أو غيره لم يكن له أن يتزوج أحداً ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته حتى تنقضى عدتها سواء قلنا بتعجيل الفرقة أو لم نقل وان أسلمت زوجته فتزوج أختها فى عدتها ثم أسلما فى عدة الاولى اختار منهما واحدة كما لو تزوجهما معا ، وان أسلم بعد انقضاء عدة الاولى بانت وثبت نكاح الثانية .

( فصل ) اذا أعتق أم الولد أو أمة كان يصيبها فليس له أن يتزوج أختها حتى ينقضى استبراؤها نص عليه أحمد فى أم الولد ، وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز لأنها ليست زوجة ولا فى عدة من نكاح .

ولنا أنها معتدة منه فلم يجز له نكاح أختها كالمعتدة من نكاح أو وطء بشبهة ولانه لا يأمن أن يكون ماؤه فى رحمها فيكون داخلا فى عموم من جمع ماءه

فى رحم أختين ولا يمنع من نكاح أربع سواها ومنعه زفر وهو غلط لان ذلك جائز قبل اعتاقها فبعده أولى .

( فصل ) ولا يمنع من نكاح أمة فى عدة حرة بائن ومنعه ابو حنيفة كما يحرم عليه ان يتزوجها فى صلب نكاحها .

ولنا انه عادم للطول خائف للعنت فأبيح له نكاحها لقوله تعالى ( ومن لم يستطع منكم طولا ) الآية ، ولا نسلم انه لا يجوز فى صلب نكاح الحرة بل يجوز اذا تحقق الشرطان .

( فصل ) وان زنا بامرأة فليس له ان يتزوج بأختها حتى تنقضى عدتها وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة كحكم العدة من النكاح ، فإن زنا بأخت امرأته ، فقال احمد : يمسك عن وطء امرأته حتى تحيض ثلاث حيض ، وقد ذكر عنه فى المزنى بها انها تستبرىء بحيضة لانه وطء من غير نكاح ولا احكامه احكام النكاح ، ويحتمل ان لا تحرم بذلك اختها ولا اربع سواها لانها ليست منكوحة ومجرد الوطء لا يمنع بدليل الوطء فى ملك اليمين لا يمنع اربعاً سواها .

( فصل ) واذا ادعى الزوج ان امرأته اخبرته بانقضاء عدتها فى مدة يجوز انقضاؤها فيها وكذبته ابيح له نكاح اختها وأربع سواها فى الظاهر ، فأما فى الباطن فينبنى على صدقه فى ذلك لانه حق فيما بينه وبين الله تعالى فيقبل قوله فيه ولا يصدق فى نفى نفقتها وسكناها ونفى النسب لانه حق لها ولولدها فلا يقبل قوله فيه ، وبه قال الشافعى وغيره ، وقال زفر لا يصدق فى شىء لانه قول واحد لا يصدق فى بعض حكمه فلا يصدق فى البعض الاخر قياسا لاحدهما على الاخر ، وذلك لانه لا يمكن ان يكون القول الواحد صدقا كذبا .

ولنا انه قول يتضمن ابطال حق لغيره وحقا له لا ضرر على غيره فيه فوجب ان يصدق فى احدهما دون الاخر كما لو اشترى عبدا ثم اقر ان البائع كان اعتقه صدق فى حريته ولم يصدق فى الرجوع بثمنه وكما لو اقر ان امرأته اخته من الرضاع قبل الدخول صدق فى بينونتها وتحريمها عليه ولم يصدق فى سقوط مهرها .

« مسألة » قال ﴿ ومن خطب امرأة فزوج بغيرها لم ينعقد النكاح ﴾

معنى ذلك : ان يخطب الرجل امرأة بعينها فيجاب الى ذلك ثم يوجب له

النكاح فى غيرها وهو يعتقد أنها التى خطبها فيقبل فلا ينعقد النكاح لأن القبول انصرف الى غير من وجد الإيجاب فيه فلم يصح كما لو ساومه بثوب وأوجب العقد فى غيره بغير علم المشترى ، فلو علم الحال بعد ذلك فرضى لم يصح ، قال أحمد فى رجل خطب جارية فزوجوه أختها ثم علم بعد : يفرق بينهما ويكون الصداق على وليها لأنه غره ويجهز اليه أختها التى خطبها بالصداق الأول فإن كانت تلك قد ولدت منه يلحق به الولد ، وقوله يجهز اليه أختها : يعنى والله أعلم بعقد جديد بعد انقضاء عدة هذه ان كان أصابها لأن العقد الذى عقده لم يصح فى واحدة منهما لأن الايجاب صدر فى احداهما والقبول فى أخرى فلم ينعقد فى هذه ولا فى تلك فإن اتفقوا على تجديد عقد فى احداهما أيتهما كان جاز .

وقال أحمد فى رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه أختها لها المهر بما أصاب منها ولأختها المهر ، قيل يلزمه مهران ؟ قال نعم ويرجع على وليها . هذه مثل التى بها برص أو جذام . على يقول ليس عليه غرم وهذا ينبغى أن يكون فى امرأة جاهلة بالحال أو بالتحريم ، أما اذا علمت أنها ليست زوجة وأنها محرمة عليه وأمكنته من نفسها فلا ينبغى أن يجب لها صداق لأنها زانية تطاوعه ، فأما ان جهلت الحال فلها المهر ويرجع به على من غره ، وروى عن على رضى الله عنه فى رجلين تزوجا امرأتين فزفت كل امرأة الى زوج الاخرى ، لهما الصداق ويعتزل كل واحد منهما امرأته حتى تنقضى عدتها ، وبه قال النخعى والشافعى واسحاق وأصحاب الرأى .

( فصـــل )

من شرط صحة النكاح تعيين الزوجين لأن كل عاقد ومعقود عليه يجب تعيينهما كالمشترى والمبيع ثم ينظر فإن كانت المرأة حاضرة فقال زوجتك هذه صح فإن الاشارة تكفى فى التعيين ، فان زاد على ذلك فقال بنتى هذه أو هذه فلانة كان تأكيداً ، وان كانت غائبة فقال زوجتك بنتى وليس له سواها جاز ، فان سماها باسمها مع ذلك كان تأكيداً فان كان له ابنتان أو أكثر فقال زوجتك ابنتى لم يصح حتى يضم الى ذلك ما تتميز به من اسم أو صـــفة فيقول زوجتك ابنتى الكبرى أو الوسطى أو الصغرى ، فان سماها مع ذلك كان تأكيدا ، وان قال زوجتك ابنتى عائشة أو فاطمة صح ، وان كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال

زوجتك فاطمة لم يصح لأن هذا الاسم مشترك بينها وبين سائر الفواطم حتى يقول مع ذلك ابنتى .

وقال بعض الشافعية : يصح اذا نوياها جميعاً وليس بصحيح لأن النكاح تعتبر فيه الشهادة على وجه يمكن أداؤها اذا ثبت به العقد ، وهذا متعذر فى النية فلذلك لو قال زوجتك ابنتى وله بنات لم يصح حتى يميزها بلفظه ، وان قال زوجتك فاطمة ابنة فلان احتاج أن يرفع فى نسبها حتى يبلغ ما تتميز به عن النساء .

( فصل ) فان كان له ابنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتى عائشة وقبل الزوج ذلك وهما ينويان الصغرى لم يصح ، ذكره أبو حفص ، وقال القاضى يصح فى التى نوياها وهذا غير صحيح لوجهين .

أحدهما : أنهما لم يتلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه فأشبه ما لو قال زوجتك عائشة فقط ، أو ما لو قال زوجتك ابنتى ولم يسمها ، واذا لم يصح فيها اذا لم يسمها ففيها اذا سماها بغير اسمها أولى أن لا يصح .

والثانى . أنه لا يصح النكاح حتى تذكر المرأة بما تتميز به ولم يوجد ذلك فان اسم أختها لا يميزها بل يصرف العقد عنها ، وان كان الولى يريد الكبرى والزوج يقصد الصغرى لم يصح كمسألة الخرقى فيما اذا خطب امرأة وزوج غيرها لان القبول انصرف الى غير من وجد الايجاب فيه ، ويحتمل أن يصح اذا لم يتقدم ذلك ما يصرف القبول الى الصغرى من خطبة ونحوها فان العقد بلفظه متناول للكبرى ولم يوجد ما يصرفه عنها فصح كما لو نوياها ، ولو نوى الولى الصغرى والزوج الكبرى أو نوى الولى الكبرى ولم يدر الزوج أيتهما هى فعلى الاول لا يصح التزويج لعدم النيه منهما فى التى يتناولها لفظهما ، وعلى الاحتمال الذى ذكرناه يصح فى المعينه باللفظ لما ذكرناه .

( فصـــل )

فان كان له ابنة واحدة فقال لرجل زوجتك ابنتى وسماها بغير اسمها فقال القاضى يصح ، وهو قول أصحاب الشافعى ؛ لان قوله بنتى آكد من التسميه لانها لا مشاركة فيها والاسم مشترك ولو قال زوجتك هذه وأشار اليها وسماها بغير اسمها يجب أن يصح على هذا التعليل .

## فصـــل

ولو قال زوجتك حمل هذه المرأة لم يصح لانه لم يثبت له حكم البنات قبل الظهور فى غير الارث والوصية ولانه لم يتحقق أن فى البطن بنتا فأشبه مالو قال زوجتك من فى هذه الدار وهما لا يعلمان ما فيها ، ولو قال اذا ولدت امرأتى بنتا زوجكتها لم يصح لانه تعليق للنكاح على شرط والنكاح لا يتعلق على شرط ولان هذا مجرد وعد لا ينعقد به عقد .

« مسألة » قال ﴿ واذا تزوجها وشرط لها أن لا يخرجها من دارها وبلدها فلها شرطها لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج » وان تزوجها وشرط لها أن لا يتزوج عليها فلها فراقه اذا تزوج عليها ﴾

وجملة ذلك أن الشروط فى النكاح تنقسم أقساما ثلاثة : أحـــدها : مايلزم الوفاء به وهو ما يعود اليها نفعه وفائدته ، مثل أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارهاأو بلدها أولا يسافر بهاأولا يتزوج عليها ولا يتسرى عليها . فهذا يلزمه الوفاء لها به فإن لم يفعل فلها فسخ النكاح .

يروى هذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وسعد بن أبى وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص رضى الله عنهم . وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاوس والاوزاعى واسحاق ، وأبطل هذه الشروط الزهرى وقتاده وهشام ابن عروة ومالك والليث والثورى والشافعى وابن المنذر وأصحاب الرأى .

قال أبو حنيفة والشافعى : ويفسد المهر دون العقد ولها مهر المثل . واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط » وهذا ليس فى كتاب الله لان الشرع لا يقتضيه .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم « المسلمون على شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » وهذا يحرم الحلال وهو التزويج والتسرى والسفر . ولان هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ولم يبن على التغليب والسراية فكان فاسداً كما لو شرطت أن لا تسلم نفسها .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « ان أحق ماوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج » رواه سعيد ، وفى رواية « ان أحق الشروط أن توفوا بها مااستحللتم به الفروج» متفق عليه ، وأيضا قول النبي صلى الله عليه وسلم «المسلمون على شروطهم » ولأنه قول من سمينامن الصحابةولا نعلم لهم مخالفافى عصرهم فكان إجماعا ، وروى الأثرم بإسناده « أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه الى عمر فقال : لها شرطها ، فقال الرجل اذاً تطلقينا ، فقال عمر مقاطع الحقوق عند الشروط » ولأنه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازما كما لو شرطت عليه زيادة فى المهر أو غير نقد البلد، وقوله عليه السلام « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » أى ليس فى حكم الله وشرعه، وهذامشروع وقد ذكرنا مادل على مشروعيته .على أن الخلاف فى مشروعيته.وعلى من نفى ذلك الدليل ، وقولهم ان هذا يحرم الحلال .

قلنا : لايحرم حلالا ، وإنما يثبت للمرأةخيار الفسخ ان لم يف لها به ، وقولهم ليس من مصلحته ، قلنا : لانسلم ذلك فإنه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحه عقده كاشتراط الرهن والضمين فى البيع ثم يبطل بالزيادة على مهر المثل وشرط غير نقد البلد .

إذا ثبت أنه شرط لازم فلم يف لها به فلها الفسخ ولهذا قال الذى قضى عليه عمر بلزوم الشرط « إذاً تطلقينا » فلم يلتفت عمر الى ذلك وقال « مقاطع الحقوق عند الشروط » ولأنه شرط لازم فى عقد فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به كالرهن والضمين فى البيع .

( فصل) فان شرطت عليه أن يطلق ضرتها لم يصح الشرط لما روى أبو هريرة قال « نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن تشترط المرأة طلاق أختها » وفى لفظ « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتنكح » والنهى يقتضى فساد المنهى عنه ولأنها شرطت عليه فسخ عقده وابطال حقه وحق إمرأته فلم يصح كما لو شرطت عليه فسخ بيعه .

وقال أبو الخطاب : هو شرط لازم لأنه لا ينافى العقد ولها فيه فائدة ، فأشبه

ما لو شرطت عليه أن لا يتزوج عليها ولم أر هذا لغيره ، وقد ذكرنا ما يدل على فساده ، وعلى قياس هذا لو شرطت عليه بيع أمته

القسم الثانى : ما يبطل الشرط ويصح العقد مثل أن يشترط أن لا مهر لها أو أن لا ينفق عليها أو ان أصدقها رجع عليها ، أو تشترط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها أو يقسم لها أقل من قسم صاحبتها أو أكثر أو لا يكون عندها فى الجمعة إلا ليلة أو شرط لها النهار دون الليل أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئا ، فهذه الشروط كلها باطلة فى نفسها لأنها تنافى مقتضى العقد ، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع ، فأما العقد فى نفسه فصحيح لأن هذه الشروط تعود الى معنى زائد فى العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطل كما لو شرط فى العقد صداقا محرما ، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعتاق ، فقد نص أحمد فى رجل تزوج امرأة وشرط عليها أن يبيت عندها فى كل جمعة ليلة ثم رجعت وقالت لا أرضى إلا ليلة وليلة فقال : لها أن تنزل بطيب نفس منها فإن ذلك جائز . وان قالت لا أرضى إلا بالمقاسمة كان ذلك حقا لها تطالبه إن شاءت .

ونقل عنه الأثرم فى الرجل يتزوج المرأة ويشترط عليها أن يأتيها فى الأيام يجوز الشرط فإن شاءت رجعت ، وقال فى الرجل يتزوج المرأة على أن تنفق عليه فى كل شهر خمسة دراهم أو عشرة دراهم : النكاح جائز ولها أن ترجع فى هذا الشرط وقد نقل عن أحمد كلام فى بعض هذه الشروط يحتمل إبطال العقد. نقل عنه المروذى فى النهاريات والليليات : ليس هذا من نكاح أهل الإسلام ، وممن كره تزويج النهاريات حماد بن أبى سليمان وابن شبرمة .

وقال الثورى : الشرط باطل ، وقال أصحاب الرأى : إذا سألته ان يعدل لها عدل ، وكان الحسن وعطاء لا يريان بنكاح النهاريات بأسا ، وكان الحسن لا يرى بأسا ان يتزوجها على ان يجعل لها فى الشهر اياما معلومة ، ولعل كراهة من كره ذلك راجع الى إبطال الشرط وإجازة من اجازه راجع الى اصل النكاح فتكون أقوالهم متفقة على صحة النكاح وإبطال الشرط كما قلنا والله اعلم .

وقال القاضي : إنما كره أحمد هذا النكاح لأنه يقع على وجه السر ونكاح السر منهي عنه فإن شرط عليه ترك الوطء احتمل أن يفسد العقد لأنه شرط ينافي المقصود من النكاح ، وهذا مذهب الشافعي ، وكذلك ان شرط عليه أن لا تسلم اليه فهو بمنزلة ما لو اشترى شيئا على أن لا يقبضه ، وان شرط عليها أن لا يطأها لم يفسد لأن الوطء حقه عليها وهي لا تملكه عليه ، ويحتمل أن يفسد لأن لها فيه حقا ولذلك تملك مطالبته به إذا آلى والفسخ إذا تعذر بالجب والعنة .

القسم الثالث : ما يبطل النكاح من أصله مثل أن يشترطا تأقيت النكاح وهو نكاح المتعة أو أن يطلقها في وقت بعينه أو يعلقه على شرط مثل أن يقول زوجتك إن رضيت أمها أو فلان أو يشترط الخيار في النكاح لهما أو لأحدهما فهذه شروط باطلة في نفسها ويبطل بها النكاح وكذلك ان جعل صداقها تزويج امرأة أخرى وهو نكاح الشغار . ونذكر ذلك في مواضعه إن شاء الله تعالى

وذكر أبو الخطاب فيما إذا شرط الخيار ان رضيت أمها او ان جاءها بالمهر في وقت كذا والا فلا نكاح بينهما روايتين ، احداهما : النكاح الصحيح والشرط باطل ، وبه قال ابو ثور فيما اذا شرط الخيار ، وحكاه عن ابي حنيفة ، وزعم انه لا خلاف فيها ، وقال ابن المنذر ، قال احمد واسحاق : اذا تزوجها على انه ان جاء بالمهر في وقت كذا وكذا ، والا فلا نكاح بينهما الشرط باطل والعقد جائز ، وهو قول عطاء والثوري وابي حنيفة والأوزاعي ، وروى ذلك عن الزهري ، وروى ابن منصور عن احمد في هذا ان العقد والشرط جائزان ، لقوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون على شروطهم » .

والرواية الأخرى : يبطل العقد من اصله في هذا كله ، لأن النكاح لا يكون الا لازما ، وهذا يوجب جوازه ، ولأنه اذا قال : ان رضيت امها ، او ان جئتني في وقت كذا ، فقد وقف النكاح على شرط ، ولا يجوز وقفه على شرط ، وهذا قول الشافعي ونحوه عن مالك وابي عبيد :

( فصل ) وان شرط الخيار في الصداق خاصة لم يفسد النكاح ، لأن النكاح ينفرد عن ذكر الصداق ، ولو كان الصداق حراما او فاسداً لم يفسد النكاح ،

فلأن لا يفسد بشرط الخيار فيه أولى ، ويخالف البيع فإنه إذا فسد أحد العوضين فيه ، فسد الآخر ، فإذا ثبت هذا ففي الصداق ثلاثة أوجه :

أحدها : يصح الصداق ويبطل شرط الخيار ، كما يفسد الشرط في النكاح ، ويصح النكاح ، والثاني : يصح ويثبت الخيار فيه لأن عقد الصداق عقد منفرد يجري مجرى الأثمان ، فثبت فيه الخيار كالبياعات .

والثالث : يبطل الصداق لأنها لم ترض به ، فلم يلزمها ، كما لو لم يوافقه على شيء

«مسألة» قال (ومن أراد أن يتزوج امرأة فله أن ينظر اليها من غير أن يخلو بها )

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في إباحة النظر الى المرأة لمن أراد نكاحها ، وقد روى جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا خطب أحدكم المرأة ، فإن استطاع أن ينظر الى ما يدعوه الى نكاحها فليفعل ، قال : فخطبت إمرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني الى نكاحها فتزوجتها » رواه أبو داود ، وفي هذا أحاديث كثيرة سوى هذا ؛ ولأن النكاح عقد يقتضي التمليك ، فكان للعاقد النظر الى المعقود عليه ، كالنظر الى الأمة المستامة ، ولا بأس بالنظر اليها بإذنها وغير اذنها لأن النبي ( ص ) أمرنا بالنظر وأطلق .

وفي حديث جابر « فكنت أتخبأ لها » وفي حديث عن المغيرة بن شعبة « أنه استأذن أبويها في النظر اليها فكرهاه فأذنت له المرأة » رواه سعيد ، ولا يجوز له الخلوة بها لأنها محرمة ، ولم يرد الشرع بغير النظر فبقيت على التحريم ، ولأنه لا يؤمن مع الخلوة مواقعة المحظور ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يخلون رجل بإمرأة ، فإن ثالثهما الشيطان » ، ولا ينظر اليها نظرة تلذذ وشهوة ولا لريبة ، قال أحمد في رواية صالح : ينظر الى الوجه ولا يكون عن طريق لذة ، وله أن يردد النظر اليها ويتأمل محاسنها ، لأن المقصود لا يحصل الا بذلك .

( فصل ) ولا خلاف بين أهل العلم في اباحة النظر الى وجهها ، وذلك لأنه ليس بعورة ، وهو مجمع المحاسن وموضع النظر ولا يباح له النظر الى مالا يظهر عادة ، وحكي عن الأوزاعي أنه ينظر الى مواضع اللحم ، وعن داود أنه ينظر الى جميعها ، لظاهر قوله عليه السلام « أنظر اليها »

ولنا قول الله تعالى ( ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها ) وروى عن ابن عباس أنه قال : الوجه وبطن الكف ، ولأن النظر محرم أبيح للحاجة فيختص بما تدعو الحاجة اليه وهو ما ذكرنا ، والحديث مطلق ، ومن ينظر الى وجه إنسان سمى ناظراً اليه ، ومن رآه وعليه أثوابه سمى رائيا له ، كما قال الله تعالى ( وإذا رأيتهم تعجبك أجسامهم ) ( وإذا رآك الذين كفروا ) فأما ما يظهر غالبا سوى الوجه كالكفين والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة فى منزلها ، ففيه روايتان :

احداهما : لا يباح النظر اليه لأنه عورة ، فلم يبح النظر اليه كالذى لا يظهر . فإن عبد الله روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المرأة عورة » حديث حسن ، ولان الحاجة تندفع بالنظر الى الوجه فبقى ما عداه على التحريم .

والثانية : له النظر الى ذلك ، قال أحمد فى رواية حنبل : لا بأس ان ينظر اليها والى ما يدعوه الى نكاحها من يد او جسم ونحو ذلك ، قال ابو بكر « لا بأس ان ينظر اليها عند الخطبة حاسرة » .

وقال الشافعى « ينظر الى الوجه والكفين » ووجه جواز النظر الى ما يظهر غالبا ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اذن فى النظر اليها من غير علمها ، علم انه اذن فى النظر الى جميع ما يظهر عادة ، اذ لا يمكن افراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له فى الظهور ، ولانه يظهر غالبا ، فأبيح النظر اليه كالوجه ، ولانها امرأة ابيح له النظر اليها بأمر الشارع ، فأبيح النظر منها الى ذلك ، كذوات المحارم .

وقد روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن ابى جعفر ، قال « خطب عمر بن الخطاب ابنة على ، فذكر منها صغراً ، فقالوا له : انما ردك ، فعاوده ، فقال نرسل بها اليك تنظر اليها ، فرضيها : فكشف عن ساقيها ، فقالت : ارسل ، لولا انك امير المؤمنين للطمت عينك »

( فصل ) ويجوز للرجل ان ينظر من ذوات محارمه الى ما يظهر غالبا كالرقبة والرأس والكفين والقدمين ونحو ذلك ، وليس له النظر الى ما يستتر غالبا كالصدر والظهر ونحوهما .

قال الاثرم : سألت ابا عبد الله عن الرجل ينظر الى شعر امرأة ابيه او امرأة ابنه ، فقال : هذا فى القرآن ( ولا يبدين زينتهن ) الا لكذا وكذا ، قلت : ينظر

إلى ساق امرأة أبيه وصدرها ؛ قال : لا يعجبني ، ثم قال : أنا أكره أن ينظر من أمه وأخته إلى مثل هذا وإلى كل شيء لشهوة ، وذكر القاضي أن حكم الرجل مع ذوات محارمه حكم الرجل مع الرجل ، والمرأة مع المرأة .

وقال أبو بكر : كراهية أحمد النظر إلى ساق أمه وصدرها على التوقي ، لأن ذلك يدعو إلى الشهوة ، يعني أنه يكره ولا يحرم ، ومنع الحسن والشعبي والضحاك النظر إلى شعر ذوات المحارم ، فروى عن هند ابنة المهلب قالت : قلت للحسن : ينظر الرجل إلى قرط أخته وإلى عنقها ؟ قال : لا ، ولا كرامة . وقال الضحاك : لو دخلت على أمي لقلت : أيتها العجوز ، غطي شعرك والصحيح أنه يباح النظر إلى ما يظهر غالبا ، لقول الله تعالى ( ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن ) الآية ، وقالت سهلة بنت سهيل « يا رسول الله : إنا كنا نرى سالماً ولدا ، وكان يأوى معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ، ويراني فضلا وقد أنزل فيهم ما علمت ، فكيف ترى فيه ؟ فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : أرضعيه ، فأرضعته خمس رضعات ، فكان بمنزلة ولدها » رواه أبو داود وغيره ، وهذا دليل على أنه كان ينظر منها إلى ما يظهر غالبا فإنها قالت « يراني فضلا » ومعناه في ثياب البذلة التي لا تستر أطرافها .

وقال امرؤ القيس :

فجئت وقد نضت لنوم ثيابها ولم يبق الا لبسة المتفضل

ومثل هذا يظهر منه الأطراف والشعر ، فكان يراها كذلك اذا اعتقدته ولداً ثم دلهم النبي صلى الله عليه وسلم على ما يستديمون به ما كانوا يعتقدونه ويفعلونه .

وروى الشافعي في مسنده عن زينب بنت أبي سلمة « أنها ارتضعت من أسماء امرأة الزبير ؛ قالت : فكنت أراه أبا ، وكان يدخل علي وأنا أمشط رأسي فيأخذ ببعض قرون رأسي ويقول : اقبلي علي » ولأن التحرز من هذا لا يمكن ، فأبيح كالوجه ، وما لا يظهر غالبا لا يباح لأن الحاجة لا تدعو الى نظره ، ولا تؤمن معه الشهوة ومواقعة المحظور ، فحرم النظر اليه كما تحت السرة .

( فصل ) وذوات محارمه كل من حرم عليه نكاحها على التأبيد بنسب أو رضاع أو تحريم المصاهرة بسبب مباح لما ذكرنا من حديث سالم وزينب ، وعن عائشة

أن أفلح أخا أبي القعيس استأذن عليها بعد ما أنزل الحجاب ، فأبت أن تأذن له فقال النبي صلى الله عليه وسلم : ائذني له فإنه عمك تربت يمينك ، وقد ذكر الله تعالى آباء بعولتهن وأبناء بعولتهن كما ذكر آباءهن وأبناءهن في ابداء الزينة لهم ، وتوقف أحمد عن النظر الى شعر أم امرأته وبنتها ، لأنهما غير مذكورتين في الآية ، قال القاضي : انما حكى قول سعيد بن جبير ولم يأخذ به ، وقد صرح في رواية المروزي : أنه محرم يجوز له المسافرة بها ، وقال في رواية أبي طالب : ساعة يعقد عقدة النكاح تحرم عليه أم امرأته ، فله أن يرى شعرها ومحاسنها ليست مثل التي يزني بها لا يحل له أبدا أن ينظر الى شعرها ولا الى شيء من جسدها وهي حرام عليه .

( فصــــل )

فأما أم المزني بها وابنتها ، فلا يحل له النظر اليهن ، وان حرم نكاحهن لأن تحريمهن بسبب محرم فلم يفد اباحة النظر كالمحرمة باللعان ؛ وكذلك بنت الموطوءة بشبهة وأمها ليست من ذوات محارمه ، وكذلك الكافر ليس بمحرم لقرابته المسلمة ، قال أحمد في يهودي أو نصراني أسلمت بنته لا يسافر بها ليس هو محرما لها ، والظاهر أنه أراد ليس محرما لها في السفر ، أما النظر فلا يجب عليها الحجاب منه ، لأن أبا سفيان أتى المدينة وهو مشرك ، فدخل على ابنته أم حبيبة فطوت فراش رسول الله صلى الله عليه وسلم لئلا يجلس عليه ولم تحتجب منه ، ولا أمرها بذلك النبي صلى الله عليه وسلم .

( فصل ) وعبد المرأة له النظر الى وجهها وكفيها لقول الله تعالى (أو ما ملكت أيمانهن ) وروت أم سـلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا كان لإحداكن مكاتب فملك ما يؤدي فلتحتجب منه » وقال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وعن أبي قلابة قال « كان أزواج النبي صلى الله عليه وسلم لا يحتجبن من مكاتب ما بقي عليه دينار » ورواه سعيد في سننه .

وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم « أتى فاطمة بعبد قد وهبه لها وعلى فاطمة ثوب اذا قنعت به رأسها لم يبلغ رجليها واذا غطت به رجليها لم يبلغ رأسها فلما رأى رسول الله (ص) ما تلقى قال : انه ليس عليك بأس انما هو أبوك وغلامك » رواه أبو داود ، وكره أبو عبد الله له أن ينظر الى شعر مولاته وهو قول

سعيد بن المسيب وطاوس ومجاهد والحسن وأباح له ذلك ابن عباس لما ذكرنا من الآيتين والحديثين ، ولأن الله تعالى قال ( ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات - الى قوله - ليس عليكم ولا عليهم جناح ) ولأنه يشق التحرز منه فأبيح له ذلك كذوى المحارم ، وقال أصحاب الشافعي هو محرم حكمه حكم المحارم من الأقارب فى أحد الوجهين لما ذكرنا من الدليل ، ولأنه محرم عليها فكان محرما كالأقارب .

ولنا ما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « سفر المرأة مع عبدها ضيعة » رواه سعيد ، ولأنها لا تحرم عليه على التأبيد ولا يحل له استمتاعها فلم يكن محرما كزوج أختها ، ولأنه غير مأمون عليها اذ ليست بينهما نفرة المحرمية والملك لا يقتضى النفرة الطبيعية بدليل السيد مع أمته وانما أبيح له من النظر ما تدعو الحاجة اليه كالشاهد والمبتاع ونحوهما وجعله بعض أصحابنا كالأجنبى لما ذكرناه ، والصحيح ما قلنا ان شاء الله تعالى .

( فصل ) فأما الغلام فما دام طفلا غير مميز لا يجب الاستتار منه فى شىء ، وان عقل ففيه روايتان .

احداهما : حكمه حكم ذى المحرم فى النظر ، الثانية : له النظر الى مافوق السرة وتحت الركبة لأن الله تعالى قال ( ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم - الى قوله - ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض - الى قوله - واذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم ) فدل على التفريق بين البالغ وغيره ، وقال أبو عبد الله : ابو طيبة حجم نساء النبى صلى الله عليه وسلم وهو غلام ، ووجه الرواية الاولى : قوله ( أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء ) وقيل لابى عبد الله متى تغطى المرأة رأسها من الغلام ؟ قال اذا بلغ عشر سنين .

( فصل ) ومباح لكل واحد من الزوجين النظر الى جميع بدن صاحبه ولمسه حتى الفرج لما روى بهز بن حكيم عن ابيه عن جده قال « قلت يا رسول الله عوراتنا ما نأتى منها وما نذر ؟ فقال لى : احفظ عورتك الا من زوجتك أو ما ملكت يمينك » رواه الترمذى وقال حديث حسن ، ولأن الفرج يحل له الاستمتاع به فجاز

النظر إليه ولمسه كبقية البدن ؛ ويكره النظر إلى الفرج فإن عائشة رضى الله عنها قالت « ما رأيت فرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قط » رواه ابن ماجه ، وفى لفظ قالت « ما رأيته من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا رآمنى » وقال أحمد فى رواية جعفر بن محمد فى المرأة تقعد بين يدى زوجها وفى بيتها مكشوفة فى ثياب رقاق لا بأس به ، قلت تخرج من الدار إلى بيت مكشوفة الرأس وليس فى الدار إلا هى وزوجها فرخص فى ذلك .

( فصـــل )

ويباح للسيد النظر إلى جميع بدن أمته حتى فرجها لما ذكرنا فى الزوجين وسواء فى ذلك سريته وغيرها لأنه مباح له الاستمتاع من جميع بدنها فأبيح له النظر إليه، فإن زوّج أمته حرم عليه الاستمتاع والنظر منها إلى ما بين السرة والركبة لأن عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا زوج أحدكم خادمه عبده أو أجيره فلا ينظر إلى ما دون السرة وفوق الركبة فإنه عورة » رواه أبو داود ومفهومه إباحة النظر إلى ما عداه ، وأما تحريم الاستمتاع بها فلا شك فيه ولا اختلاف فإنها قد صارت مباحة للزوج ، ولا تحل امرأة لرجلين فإن وطئها لزمه الاثم والتعزير وان ولدت فقال أحمد لا يلحقه الولد لأنها فراش لغيره فلا يلحقه ولدها كالأجنبية .

(فصل فيمن يباح له النظر من الأجانب ويباح للطبيب النظر الى ما تدعو إليه الحاجة من بدنها من العورة وغيرها فإنه موضع حاجة وقد روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما حكم سعدا فى بنى قريظة كان يكشف عن مؤتزرهم » وعن عثمان « أنه أتى بغلام قد سرق فقال : انظروا الى مؤتزره فلم يجدوه أنبت الشعر فلم يقطعه » وللشاهد النظر الى وجه المشهود عليها لتكون الشهادة واقعة على عينها ، قال أحمد لا يشهد على امرأة إلا أن يكون قد عرفها بعينها وإن عامل امرأة فى بيع أو اجارة فله النظر الى وجهها ليعلمها بعينها فيرجع عليها بالدرك وقد روى عن أحمد كراهة ذلك فى حق الشابة دون العجوز ولعله كرهه لمن يخاف الفتنة أو يستغنى عن المعاملة فأما مع الحاجة وعدم الشهوة فلا بأس .

( فصل ) فأما نظر الرجل الى الأجنبية من غير سبب فإنه محرم الى جميعها فى

ظاهر كلام أحمد ، قال أحمد لا يأكل مع مطلقته ، هو أجنبي لا يحل له أن ينظر اليها ، كيف يأكل معها ينظر الى كفها ؟ لا يحل له ذلك ، وقال القاضي يحرم عليه النظر الى ما عدا الوجه والكفين لانه عورة ، ويباح له النظر اليها مع الكراهة اذا أمن الفتنة ونظر لغير شهوة ، وهذامذهب الشافعي لقول الله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها) قال ابن عباس « الوجه والكفين » وروت عائشة « أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثياب رقاق فأعرض عنها ، وقال : يا أسماء ان المرأة اذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها الا هذا وهذا - وأشار الى وجهه وكفيه » رواه ابو بكر وغيره ، ولانه ليس بعورة فلم يحرم النظر اليه بغير ريبة كوجه الرجل .

ولنا قول الله تعالى (واذا سألتموهن متاعا فاسألوهن من وراء حجاب) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا كان لإحداكن مكاتب فملك ما يؤدى فلتحتجب منه » وعن أم سلمة قالت « كنت قاعدة عند النبي صلى الله عليه وسلم أنا وحفصة فاستأذن ابن ام مكتوم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : احتجبن منه » رواه أبو داود و « كان الفضل بن عباس رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاءته الخثعمية تستفتيه فجعل الفضل ينظر اليها وتنظر اليه ، فصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم وجهه عنها » وعن جرير بن عبد الله قال « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نظر الفجاءة ؟ فأمرني ان اصرف بصرى » حديث صحيح ، وعن علي رضي الله عنه قال : قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تتبع النظرة النظرة فإنما لك الاولى وليست لك الاخرة » رواهما ابو داود ، وفى اباحة النظر الى المرأة اذا اراد تزويجها دليل على التحريم عند عدم ذلك ، اذ لو كان مباحا على الإطلاق فما وجه التخصيص لهذه ؟ وأما حديث اسماء - ان صح - فيحتمل انه كان قبل نزول الحجاب فنحمله عليه .

(فصل) والعجوز التي لا يشتهى مثلها لا بأس بالنظر منها الى ما يظهر غالباً لقول الله تعالى (والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحا) الآية ، قال ابن عباس فى قوله تعالى (قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم » وقل للمؤمنات يغضضن

من أبصارهن ) الآية . قال فنسخ واستثنى من ذلك القواعد من النساء اللاتى لا يرجون نكاحا الاية . وفى معنى ذلك الشوهاء التى لا تشتهى .

( فصل ) والأمة يباح النظر منها إلى ما يظهر غالباً كالوجه والرأس واليدين والساقين ، لان عمر رضي الله عنه رأى إمرأة متلثمة فضربها بالدرة وقال « يالكاع تشتبهين بالحرائر » .

وروى أبو حفص بإسناده أن عمر كان لا يدع أمة تقنع فى خلافته وقال « إنما القناع للحرائر ، ولو كان نظر ذلك منها محرما لم يمنع من ستره بل أمر به ، وقد روى أنس « أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أخذ صفية قال الناس : لا ندرى أجعلها أم المؤمنين أم أم ولد ؟ فقالوا إن حجبها فهى أم المؤمنين وان لم يحجبها فهى أم ولد فلما ركب وطأ لها خلفه ومد الحجاب بينه وبين الناس » متفق عليه .

وهذا دليل على أن عدم حجب الإماء كان مستفيضا بينهم مشهوراً وأن الحجب لغيرهن كان معلوما ، وقال أصحاب الشافعى : يباح النظر منها الى ما ليس بعورة وهو ما فوق السرة وتحت الركبة : وسوى بعض أصحابنا بين الحرة والأمة لقوله تعالى ( ولا يبدين زينتهن ) الاية ، ولأن العلة فى تحريم النظر الخوف من الفتنة والفتنة المخوفة تستوى فيها الحرة والأمة ، فان الحرية حكم لا يؤثر فى الأمر الطبيعى وقد ذكرنا مايدل على التخصيص ويوجب الفرق بينهما ، وان لم يفترقا فيما ذكروه افترقا فى الحرمة وفى مشقة الستر ، لكن ان كانت الأمة جميلة يخاف الفتنة بها حرم النظر اليها كما يحرم النظر الى الغلام الذى تخشى الفتنة بالنظر اليه .

قال أحمد فى الأمة إذا كانت جميلة تنتقب ولا ينظر الى المملوكة ، كم من نظرة ألقت فى قلب صاحبها البلابل .

( فصل ) فأما الطفلة التى لا تصلح للنكاح فلا بأس بالنظر اليها ، قال أحمد فى رواية الاثرم فى رجل يأخذ الصغيرة فيضعها فى حجره ويقبلها ، فان كان يجد شهوة فلا ، وان كان لغير شهوة فلا بأس ، وقد روى أبو بكر باسناده عن عمر بن حفص المدينى « أن الزبير بن العوام أرسل بابنة له الى عمر بن الخطاب مع مولاة له فأخذها عمر بيده وقال ابنة أبي عبد الله ؟ فتحركت الاجراس من رجلها فأخذها عمر فقطعها وقال : قال رسول الله (ص) : مع كل جرس شيطان » .

فأما إذا بلغت حداً تصلح معه للنكاح كابنة تسع فان عورتها مخالفة لعورة البالغة ، بدليل قوله عليه السلام « لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار » فدل على صحة الصلاة ممن لم تحض مكشوفة الرأس فيحتمل أن يكون حكمها حكم ذوات المحارم : كقولنا فى الغلام المراهق مع النساء .

وقد روى أبو بكر عن ابن جريج قال : قالت عائشة « دخلت على ابنة أخى مزينة فدخل على النبي صلى الله عليه وسلم فأعرض ، فقلت يا رسول الله إنها ابنة أخي وجارية ، فقال إذا عركت المرأة لم يجز لها أن تظهر الا وجهها والا ما دون هذا » وقبض على ذراع نفسه فترك بين قبضته وبين الكف مثل قبضة أخرى أو نحوها ، وذكر حديث أسماء « اذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها الا هذا وهذا » وأشار الى وجهه وكفيه ، واحتج أحمد بهذا الحديث ، وتخصيص الحائض بهذا التحديد دليل على اباحة أكثر من ذلك فى حق غيرها .

( فصـــل )

ومن ذهبت شهوته من الرجال لكبر أو عنة أو مرض لا يرجى برؤه ، والخصي والشيخ والمخنث الذى لا شهوة له فحكمه حكم ذوى المحرم فى النظر لقول الله تعالى ( أو التابعين غير أولى الإربة ) أى غير اولى الحاجة الى النساء ، وقال ابن عباس : هو الذى لا تستحي منه النساء ، وعنه : هو المخنث الذى لا يقوم زبه وعن مجاهد وقتادة الذى لا ارب له فى النساء ، فان كان المخنث ذا شهوة ويعرف امر النساء فحكمه حكم غيره : لأن عائشه قالت « دخل على ازواج النبي صلى الله عليه وسلم مخنث ، فكانوا يعدونه من غير اولى الاربة من الرجال ، فدخل علينا النبي صلى الله عليه وسلم وهو ينعت امرأة انها اذا اقبلت اقبلت بأربع ، واذا ادبرت ادبرت بثمان ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : ألا أرى هذا يعلم ما ههنا لا يدخلن عليكم! هذا فحجبوه » رواه ابو داود وغيره .

قال ابن عبد البر : ليس المخنث الذى تعرف فيه الفاحشة خاصة وانما التخنيث بشدة التأنيث فى الخلقة حتى يشبه المرأة فى اللين والكلام والنظر والنغمة والعقل فاذا كان كذلك لم يكن له فى النساء ارب وكان لا يفطن لأمور النساء وهو من

غير أولى الاربة الذين أبيح لهم الدخول على النســـاء ، ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يمنع ذلك المخنث من الدخول على نسائه ، فلما سمعه يصف ابنة غيلان وفهم أمر النساء أمر بحجبه ؟

( فصل ) فأما الرجل مع الرجل فلكل واحد منهما النظر من صاحبه إلى ماليس بعورة ، وفى حدها روايتان : إحداهما ما بين السرة والركبة ، والأخرى الفرجان وقد ذكرناهما فى كتاب الصلاة ، ولا فرق بين الأمرد وذى اللحية ، إلا أن الامرد إن كان جميلا يخاف الفتنة بالنظر اليه لم يجز تعمد النظر اليه . وقد روى عن الشعبي قال « قدم وفد عبد القيس على النبي صلى الله عليه وسلم وفيهم غلام أمرد ظاهر الوضاءة فأجلسه النبي ( ص ) وراء ظهره » رواه أبو حفص

قال المروذى ، سمعت أبا بكر الأعين يقول : قدم علينا انسان من خراسان صديق لأبي عبد الله ومعه غلام ابن أخت له وكان جميلا فمضى الى أبي عبد الله فحدثه فلما قمنا خلا بالرجل وقال له من هذا الغلام منك ؟ قال ابن أختى . قال إذا جئتنى لا يكون معك ، والذى أرى لك أن لا يمشى معك فى طريق ، فأما الغلام الذى لم يبلغ تسعا فلا عورة له يحرم النظر اليها ، وقد روى عن ابن أبي ليلى عن أبيه قال : كنا جلوسا عند النبي ( ص ) قال فجاء الحسن فجعل يتمرغ عليه فوقع مقدم قميصه أراه قال فقبل زبيبته . رواه أبو حفص

( فصـــل )

وحكم المرأة مع المرأة حكم الرجل مع الرجل سواء : ولا فرق بين المسلمتين وبين المسلمة والذمية ، كما لا فرق بين الرجلين المسلمين وبين المسلم والذمى فى النظر قال أحمد : ذهب بعض الناس الى أنها لا تضع خمارها عند اليهودية والنصرانية . وأما أنا فأذهب الى أنها لا تنظر الى الفرج ولا تقبلها حين تلد

وعن أحمد رواية أخرى : أن المسلمة لا تكشف قناعها عند الذمية ولا تدخل معها الحمام ، وهو قول مكحول وسليمان بن موسى لقوله تعالى ( أو نسائهن ) والاول أولى لأن النساء الكوافر من اليهوديات وغيرهن قد كن يدخلن على نساء النبي

صلى الله عليه وسلم فلم يكنّ يحتجبن ولا أمرن بحجاب . وقد قالت عائشة : جاءت يهودية تسألها فقالت : أعاذك الله من عذاب القبر ، فسألت عائشة رسول الله صلى الله عليه وسلم - وذكر الحديث »

وقالت أسماء « قدمت عليّ أمي وهي راغبة - يعني عن الاسـلام - فسألت رسول الله (ص) أصلها ؟ قال نعم » ولأن الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والذمية فوجب أن لا يثبت الحجب بينهما كالمسلم مع الذمى ولأن الحجاب إنما يجب بنص أو قياس ولم يوجد واحد منهما . فأما قوله ( أو نسائهن ) فيحتمل أن يكون المراد جملة النساء

## ( فصـــل )

فأما نظر المرأة الى الرجل ففيه روايتان ، إحداهما . لها النظر الى ما ليس بعورة ، والأخرى لا يجوز لها النظر من الرجل إلا الى مثل ما ينظر اليه منها ، اختاره أبو بكر وهذا أحد قولى الشافعي ، لما روى الزهرى عن نبهان عن أم سلمة قالت « كنت قاعدة عند النبي (ص) أنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم فقال النبي (ص) احتجبن منه ، فقلت يارسول الله انه ضرير لا يبصر . قال أفعمياوان أنتما لا تبصرانه » رواه أبو داود وغيره ، ولأن الله تعالى أمر النساء بغض أبصارهن كما أمر الرجال به ، ولان النساء أحد نوعى الآدميين فحرم عليهن النظر الى النوع الآخر قياسا على الرجال ، يحققه ان المعنى المحرم للنظر خوف الفتنة ، وهذا فى المرأة أبلغ فإنها أشد شهوة وأقل عقلا فتسارع الفتنة اليها أكثر

ولنا قول النبي (ص) لفاطمة بنت قيس « اعتدى فى بيت ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك فلا يراك » متفق عليه ، وقالت عائشة « كان رسول الله صلى الله عليه وسـلم يسترنى بردائه وأنا أنظر الى الحبشة يلعبون فى المسجد » متفق عليه ، ويوم فرغ النبي (ص) من خطبة العيد « مضى الى النساء فذكرهن ومعه بلال فأمرهن بالصدقة » ولانهن لو منعن النظر لوجب على الرجال الحجاب كما وجب على النساء لئلا ينظرن إليهم .

فأما حديث نبهان فقال احمد : نبهان روى حديثين عجيبين - يعنى هذا الحديث

وحديث « إذا كان لإحداكن مكاتب فلتحتجب منه » وكأنه أشار إلى ضعيف حديثه إذ لم يرو الا هذين الحديثين المخالفين للأصول .

وقال ابن عبد البر : نبهان مجهول لا يعرف الا برواية الزهري عنه هذا الحديث وحديث فاطمه صحيح، فالحجة به لازمة ، ثم يحتمل أن حديث نبهان خاص لأزواج النبي صلى الله عليه وسلم كذلك قال أحمد وأبو داود ، قال الاثرم قلت لأبي عبد الله كان حديث نبهان لأزواج النبي صلى الله عليه وسلم خاصة ، وحديث فاطمة لسائر الناس ؟ قال نعم . وان قدر التعارض فتقديم الأحاديث الصحيح أولى من الأخذ بحديث مفرد في إسناده مقال .

« مسألة » قال ( واذا زوج أمة وشرط عليه أن تكون عندهم بالنهار ويبعث بها اليه بالليل فالعقد والشرط جائزان وعلى الزوج النفقة مدة مقامها عنده )

أما الشرط فصحيح لأنه لا يخل بمقصود النكاح ، فإن الاستمتاع انما يكون ليلا ، وإذا كان الشرط صحيحاً لم يمنع صحة العقد فيكونان صحيحين ؛ وعلى الزوج النفقة في الليل لأنها سلمت اليه فيه وليس عليه نفقة النهار لأنها في مقابلة الاستمتاع وهو لا يتمكن من الاستمتاع بها في تلك الحال ، واذا لم تجب نفقة النهار على الزوج وجبت على السيد لأنها في خدمته حينئذ ولأنها باقية على الأصل في وجوبها على السيد فتكون نفقتها بينهما نصفين وكذلك الكسوة

وقال بعض أصحاب الشافعي : ليس على الزوج شيء من النفقة لأنها لا تجب إلا بالتمكين التام ولم يوجد ، فلم يجب منها شيء ، كالحرة اذا بذلت التسليم في بعض الزمان دون بعض .

ولنا أن النفقة عوض في مقابلة المنفعة فوجب منها بقدر مايستوفيه كالاجرة في الإجارة وفارقت الحرة لأن التسليم عليها واجب في جميع الزمان فإذا امتنعت في البعض لم تسلم ماوجب عليها تسليمه . وههنا قد سلم السيد جميع ماوجب عليه

( فصل ) فإن زوجها من غير شرط فقال القاضي . الحكم فيه كما لو شرط وله استخدامها نهارا وعليه ارسالها ليلا للاستمتاع بها لانه زمانه، وذلك لان السيد

يملك من أمته منفعتين منفعة الاستخدام والاستمتاع فإذا عقد على إحداهما لم يلزمه تسليمها إلا فى زمن استيفائها كما لو أجرها للخدمة لم يلزمه تسليمها الا فى زمنها وهو النهار والنفقة بينهما على قدر إقامتها عندهما ، وان تبرع السيد بإرسالها ليلا ونهاراً فالنفقة كلها على الزوج وان تبرع الزوج بتركها عند السيد ليلا ونهاراً لم تسقط نفقتها عنه ولو تبرع كل واحد منهما بتركها عند الآخر وتدافعاها كانت نفقتها كلها على الزوج لأن الزوجية تقتضى وجوبها مالم يمنع من استمتاعها عدواناً أو بشرط أو نحوه ولذلك تجب نفقتها مع تعذر استمتاعها بمرض أو حيض أو نحوهما فاذا لم يكن من السيد ههنا منع فالنفقة على الزوج لوجود الزوجية المقتضية لها وعدم المانع منها .

( فصل ) فان أراد الزوج السفر بها لم يملك ذلك لأنه يفوت خدمتها المستحقة لسيدها وان أراد السيد السفر بها فقد توقف أحمد عن ذلك وقال ماأدرى فيحتمل المنع منه لأنه يفوت حق الزوج منها فمنع منه قياسا على ما لو منعه منه مع الإقامة ولأنه مالك لاحدى منفعتيها فلم يملك منع الاخر من السفر بها كالسيد وكما لو أجرها ثم أراد السفر بها .

ويحتمل أن له السفر بها لأنه مالك رقبتها كسيد العبد إذا زوجه ، وان شرط الزوج أن تسلم اليه الأمة ليلا ونهاراً جاز وعليه نفقتها كلها ، وليس للسيد السفر بها لأنه لا حق له فى بضعها .

( فصل ) ويستحب لمن أراد التزوج أن يختار ذات الدين لقول النبى صلى الله عليه وسلم « تنكح المرأة لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك » متفق عليه ، ويختار البكر لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « أتزوجت يا جابر ؟ قال : قلت نعم ، قال : بكراً أم ثيبا ، قال : قلت بل ثيبا ، قال : فهلا بكراً تلاعبها وتلاعبك ؟ » متفق عليه ، وعن عطاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « عليكم بالابكار فانهن أعذب أفواها وأنتق أرحاما » رواه الامام أحمد فى رواية « وأنتق أرحاما وأرضى باليسير » .

ويستحب أن تكون من نساء يعرفن بكثرة الولادة لما روى عن أنس قال

« كان رسول الله (ص) يأمر بالباءة وينهى عن التبتل نهيا شديداً ويقول : تزوجوا الودود الولود فانى مكاثر بكم الامم يوم القيامة » رواه سعيد ، وروى معقل بن يسار قال جاء رجل الى رسول الله (ص) فقال . انى أصبت امرأة ذات حسب ومنصب إلا أنها لا تلد أفأتزوجها ؟ فنهاه ثم أتاه الثانية فنهاه ثم أتاه الثالثة فقال : تزوجوا الودود الولود فانى مكاثر بكم » رواه النسائى .

وعن على بن الحسين أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « يا بنى هاشم عليكم بنساء الأعاجم فالتمسوا أولادهن فان فى أرحامهن البركة » ويختار الجميلة لأنها أسكن لنفسه وأغض لبصره وأكمل لمودته ولذلك شرع النظر قبل النكاح : وقد روى عن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن رسول الله ( ص ) أنه قال « إنما النساء لعب فاذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها » .

وعن أبى هريرة قال : قيل يا رسول الله أى النساء خير ؟ قال « التى تسره إذا نظر وتطيعه إذا أمر ولا تخالفه فى نفسها ولا فى ماله بما يكره » رواه النسائى ، وعن يحيى بن جعدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « خير فائدة أفادها المرء المسلم بعد إسلامه امرأة جميلة تسره إذا نظر اليها وتطيعه إذا أمرها وتحفظه فى غيبته فى ماله ونفسها » رواه سعيد .

ويختار ذات العقل ويجتنب الحمقاء لأن النكاح يراد للعشرة ولا تصلح العشرة مع الحمقاء ولا يطيب العيش معها وربما تعدى ذلك الى ولدها ، وقد قيل اجتنبوا الحمقاء فان ولدها ضياع وصحبتها بلاء ، ويختار الحسيبة ليكون ولدها نجيبا فانه ربما أشبه أهلها ونزع اليهم ، وكان يقال : اذا أردت أن تتزوج إمرأة فانظر الى أبيها وأخيها ، وعن عائشة قالت . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تخيروا لنطفكم وأنكحوا الاكفاء وأنكحوا اليهم » .

ويختار الأجنبية فان ولدها أنجب ولهذا يقال . اغتربوا لا تضووا : يعنى انكحوا الغرائب كيلا تضعف أولادكم ، وقال بعضهم : الغرائب أنجب وبنات العم أصبر ، ولأنه لا تؤمن العداوة فى النكاح وافضاؤه الى الطلاق فاذا كان فى قرابته أفضى الى قطيعة الرحم المأمور بصلتها . والله أعلم .

## باب ما يحرم نكاحه والجمع بينه وغير ذلك

التحريم للنكاح ضربان : تحريم عين وتحريم جمع ، ويتنوع أيضاً نوعين تحريم نسب وتحريم سبب ، والاصل فى ذلك الكتاب والسنة والاجماع . فأما الكتاب فقول الله تعالى ( حرمت عليكم أمهاتكم ) والاية التى قبلها والتى بعدها ؛ وأما السنة فروى أبو هريرة عن رسول الله (ص) أنه قال « لا يجمع الرجل بين المرأة وعمتها ولا بينها وبين خالتها » متفق عليه ، وعن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله (ص) « ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة » أخرجه مسلم : وأجمعت الامة على تحريم ما نص الله تعالى على تحريمه .

« مسألة » قال ( والمحرمات نكاحهن بالانساب : الامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت ، والمحرمات بالاسباب : الامهات المرضعات والاخوات من الرضاعة وأمهات النساء وبنات النساء اللاتى دخل بهن وحلائل الابناء وزوجات الاب والجمع بين الاختين )

وجملة ذلك : أن المنصوص على تحريمهن فى الكتاب أربع عشرة : سبع بالنسب واثنتان بالرضاع ، وأربع بالمصاهرة وواحدة بالجمع ، فأما اللواتى بالنسب فأولاهن الامهات ، وهن كل من انتسبت اليها بولادة سواء وقع عليها اسم الام حقيقة وهى التى ولدتك أو مجازاً وهى التى ولدت من ولدك وان علت من ذلك جدتاك أم أمك وام ابيك وجدتا امك وجدتا ابيك وجدات جداتك وجدات اجدادك وان علوا وارثات كن او غير وارثات كلهن امهات محرمات .

ذكر ابو هريرة هاجر ام اسماعيل فقال « تلك امكم يا بنى ماء السماء » وفى الدعاء اللهم صل على ابينا آدم وامنا حواء ، والبنات وهن كل انثى انتسبت اليك بولادتك كابنة الصلب وبنات البنين والبنات وان نزلت درجتهن وارثات او غير وارثات كلهن بنات محرمات لقوله تعالى ( وبناتكم ) فان كل امرأة بنت آدم كما ان كل رجل ابن آدم قال الله تعالى ( يا بنى آدم ) والاخوات من الجهات الثلاث من الأبوين او من الآب او من الآم لقوله تعالى ( واخواتكم ) ولا تفريع عليهن

والعمات أخوات الاب من الجهات الثلاث وأخوات الاجداد من قبل الاب ومن قبل الام ، قريبا كان الجد أو بعيداً وارثا أو غير وارث ، لقوله تعالى ( وعماتكم ) والخالات أخوات الام من الجهات الثلاث وأخوات الجـــدات وان علون ، وقد ذكرنا أن كل جدة أم فكذلك كل أخت لجدة خالة محرمة لقوله ( وخالاتكم ) .

وبنات الاخ كل امرأة انتسبت الى أخ بولادة فهى بنت أخ محرمة من أى جهة كان الاخ لقوله تعالى ( وبنات الاخ ) وبنات الاخت كذلك أيضاً محرمات لقوله سبحانه ( وبنات الاخت ) فهؤلاء المحرمات بالانساب .

النوع الثانى المحرمات تحريم السبب وهو قسمان : رضاع ومصاهرة ، فأما الرضاع فالمنصوص على التحريم فيه اثنتان الامهات المرضعات وهن اللاتى أرضعنك وأمهاتهن وجداتهن وان علت درجتهن على حسب ما ذكرنا فى النسب محرمات بقوله تعالى ( وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ) كل امرأة أرضعتك أمها أو أرضعتها أمك أو ارضعتك وإياها امرأة واحدة أو ارتضعت أنت وهى من لبن رجل واحد ، كرجل له امرأتان لهما منه لبن أرضعتك احداهما وأرضعتها الاخرى فهى أختك محرمة عليك لقوله سبحانه ( وأخواتكم من الرضاعة )

القسم الثانى : حريم المصاهرة والمنصوص عليه أربع : أمهات النساء فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع ، قريبة أو بعيدة بمجرد العقد نص عليه أحمد . وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين وكثير من التابعين ، وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى وحكى عن على رضى الله عنه أنها لا تحرم الا بالدخول بابنتها كما لا تحرم ابنتها الا بالدخول .

ولنا قول الله تعالى ( وأمهات نسائكم ) والمعقود عليها من نسائه فتدخل أمها فى عموم الآية . قال ابن عباس . أبهموا ما أبهم القرآن، يعنى عمموا حكمها فى كل حال ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها .

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من تزوج امرأة فطلقها قبل أن دخل بها لا باس أن يتزوج ربيبته ولا يحل له أن يتزوج

أمها ، رواه أبو حفص بإسناده ، وقال زيد : تحرم بالدخول او بالموت لأنه يقوم مقام الدخول ، وقد ذكرنا ما يوجب التحريم مطلقا ، سواء وجد الدخول أو الموت أو لا ، ولأنها حرمت بالمصاهرة بقول مبهم فحرمت بنفس العقد كحليلة الابن والأب .

الثانية : بنات النساء اللاتى دخل بهن وهن الربائب فلا يحرمن إلا بالدخول بأمهاتهن وهى كل بنت للزوجة من نسب او رضاع قريبة أو بعيدة وارثة أو غير وارثة على حسب ما ذكرنا فى البنات إذا دخل بالأم حرمت عليه سواء كانت فى حجره او لم تكن فى قول عامة الفقهاء إلا أنه روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما أنهما رخصا فيها إذا لم تكن فى حجره ، وهو قول داود لقول الله تعالى ( وربائبكم اللاتى فى حجوركم قال ابن المنذر . وقد اجمع علماء الامصار على خلاف هذا القول .

وقد ذكرنا حديث عبد الله بن عمرو فى هذا ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم لأم حبيبة « لا تعرضن علىّ بناتكن ولا أخواتكن » ولأن التربية لا تأثير لها فى التحريم كسائر المحرمات ، فأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط ، وإنما وصفها بذلك تعريفاً لها بغالب حالها ، وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه ، وإن لم يدخل بالمرأة لم تحرم عليه بناتها فى قول عامة علماء الأمصار إذا بانت من نكاحه إلا أن يموت قبل الدخول ففيه روايتان .

إحداهما : تحرم ابنتها ، وبه قال زيد بن ثابت وهى اختيار أبى بكر ، لان الموت اقيم مقام الدخول فى تكميل العدة والصداق فيقوم مقامه فى تحريم الربيبة .

والثانية : لا تحرم وهو قول على ومذهب عامة العلماء ، قال ابن المنذر وأجمع عوام علماء الأمصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل الدخول بها جاز له ان يتزوج ابنتها ، كذلك قال مالك والثورى والأوزاعى والشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور ومن تبعهم ، لأن الله تعالى قال ( من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ) وهذا نص لا يترك لقياس ضعيف ، وحديث عبدالله بن عمرو قد ذكرناه ، ولأنها فرقة قبل الدخول فلم تحرم

الربيبة كفرقة الطلاق والموت لا يجرى مجرى الدخول فى الاحصان والاحلال وعدة الاقراء، وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقته إياه من وجه آخر ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك صريح نص الله تعالى ونص رسوله لقياس ولا غيره .

إذا ثبت هذا فإن الدخول بها هو وطؤها كنى عنه بالدخول فإن خلا بها ولم يطأها لم تحرم ابنتها لانها غير مدخول بها ، وظاهر قول الخرقى تحريمها لقوله فإن خلا بها وقال لم أطأها وصدقته لم يلتفت إلى قولها وكان حكمها حكم الدخول فى جميع أمورها الا فى الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً وفى الزنا فإنهما يجلدان ولا يرجمان وسنذكره فيما بعد إن شاء الله .

الثالثة : حلائل الابناء يعنى أزواجهم سميت امرأة الرجل حليلة لانها محل إزار زوجها وهى محللة له ، فيحرم على الرجل أزواج ابنائه وأبناء بناته من نسب او رضاع قريباً كان او بعيداً بمجرد العقدلقوله تعالى ( وحلائل أبنائكم ) ولا نعلم فى هذا خلافا .

الرابعة : زوجات الاب فتحرم على الرجل امرأة أبيه قريباً كان أو بعيداً وارثاً كان او غير وارث من نسب أو رضاع لقوله تعالى ( ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف ) وقال البراء ابن عازب « لقيت خالى ومعه الراية فقلت : أين تريد ؟ قال : أرسلنى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل تزوج امرأة ابيه من بعده ان اضرب عنقه او اقتله » رواه النسائى ، وفى رواية قال « لقيت عمى الحارث بن عمرو ومعه الراية » فذكر الخبر كذلك ، رواه سعيدوغيره ، وسواءفى هذاامرأةابيه او امرأة جده لابيه وجده لامه قرب ام بعد ،وليس فى هذا بين اهل العلم خلاف علمناه والحمد لله ، ويحرم عليه من وطئها ابوه او ابنه بملك يمين او شبهة كما يحرم عليه من وطئها فى عقد نكاح ، قال ابن المنذر : الملك فى هذا والرضاع بمنزلة النسب ، وممن حفظنا ذلك عنه عطاء وطاوس والحسن وابن سيرين ومكحول وقتادة والثورى والاوزاعى وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأى ولا نحفظ عن أحد خلافهم .

الضرب الثانى : تحريم الجمع ، والمذكور فى الكتاب الجمع بين الاختين سواء

كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة من أبوين كانتا أو من أب أو أم وسواء فى هذا ما قبل الدخول او بعده لعموم الآية ، فإن تزوجهما فى عقد واحد فسد لانه لا مزية لإحداهما على الآخرة وسواء علم بذلك حال العقد أو بعده فإن تزوج إحداهما بعد الاخرى فنكاح الاولى صحيح لانه لم يحصل فيه جمع ونكاح الثانية باطل لان به يحصل الجمع وليس فى هذا بحمد الله اختلاف وليس عليه تفريع .

« مسألة » قال ( ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب )

كل امرأة حرمت من النسب حرم مثلها من الرضاع وهن الامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت على الوجه الذى شرحناه فى النسب لقول النبي صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » متفق عليه ، وفى رواية مسلم « الرضاع يحرم ما تحرم الولادة » وقال النبي صلى الله عليه وسلم فى درة بنت أبى سلمة « انها لو لم تكن ربيبتى فى حجرى ما حلت لى . انها ابنة أخى من الرضاعة أرضعتنى وأباها ثويبة » متفق عليه ، لان الامهات والاخوات منصوص عليهن والباقيات يدخلن فى عموم لفظ سائر المحرمات ولا نعلم فى هذا خلافا .

« مسألة » قال ( ولبن الفحل محرم )

معناه ان المرأة إذا ارضعت طفلا بلبن ثاب[1] من وطء رجل حرم الطفل على الرجل وأقاربه كما يحرم ولده من النسب لان اللبن من الرجل كما هو من المرأة فيصير الطفل ولد الرجل والرجل اباه ، وأولاد الرجل اخوته سواء كانوا من تلك المرأة او من غيرها ، وإخوة الرجل وأخواته اعمام الطفل وعماته وآباؤه وأمهاته اجداده وجداته ، قال احمد : لبن الفحل ان يكون للرجل امرأتان فترضع هذه صبية وهذه صبياً لا يزوج هذا من هذا ، وسئل ابن عباس عن رجل له جاريتان ارضعت احداهما جارية والاخرى غلاماً ، فقال : لا ، اللقاح واحد ، قال الترمذى : هذا

---

(١) كذا فى الاصول .

تفسير ابن الفحل وممن قال بتحريمه على وابن عباس وعطاء وطاوس ومجاهد والحسن والشعبي والقاسم وعروة ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي ، قال ابن عبدالبر وإليه ذهب فقهاء الأمصار بالحجاز والعراق والشام وجماعة أهل الحديث ، ورخص في لبن الفحل سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وعطاء بن يسار والنخعي وأبو قلابة ، ويروى ذلك عن ابن الزبير وجماعة من أصحاب رسول الله (ص) غير مسمين لأن الرضاع من المرأة لا من الرجل ، ويروى عن زينب بنت أبي سلمة « أنها أرضعتها أسماء بنت أبي بكر امرأة الزبير ، قالت : وكان الزبير يدخل علي وأنا أمتشط فيأخذ بقرن من قرون رأسي فيقول . أقبلي علي فحدثيني أراه والدا وما ولد فهم إخوتي ثم أن عبد الله بن الزبير أرسل يخطب إلي أم كلثوم ابنتي على حمزة بن الزبير وكان حمزة للكلبية فقلت لرسوله : وهل تحل له ؟ وإنما هي ابنة أخيه فقال عبدالله : إنما أردت بهذا المنع لما قبلك أما ما ولدت أسماء فهم اخوتك وما كان من غير أسماء فليسوا لك بإخوة فأرسلي فسلي عن هذا فأرسلت فسألت وأصحاب رسول الله متوافرون فقالوا لها إن الرضاعة من قبل الرجل لا تحرم شيئاً فأنكحتها إياه فلم تزل عنده حتى هلك عنها » .

ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها « أن أفلح أخا أبي القعيس استأذن علي بعد ما أنزل الحجاب فقلت والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله (ص) فإن أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأة أبي القعيس فدخل علي رسول الله (ص) فقلت يارسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأته قال : ائذني له فإنه عمك تربت يمينك ، قال عروة : فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول و يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » متفق عليه ، وهذا نص قاطع في محل النزاع فلا يعول على ما خالفه ، فأما حديث زينب فإن صح فهو حجة لنا فإن الزبير كان يعتقد أنها ابنته وتعتقده أباها ، والظاهر ان هذا كان مشهورا عندهم وقوله مع إقرار اهل عصره أولى من قول ابنه وقول قوم لا يعرفون .

« مسألة » قال ( والجمع بين المرأة وبين عمتها وبينها وبين خالتها )

قال ابن المنذر : أجمع اهل العلم على القول به وليس فيه بحمد الله اختلاف

إلا ان بعض اهل البدع ممن لا تعد مخالفته خلافا وهم الرافضة والخوارج لم يحرموا ذلك ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي ما روى ابو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها » متفق عليه ، وفي رواية ابي داود « لا تنكح المرأة على عمتها ولا العمة على بنت اخيها ولا المرأة على خالتها ولا الخالة على بنت اختها ، لا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى » ولأن العلة في تحريم الجمع بين الأختين إيقاع العداوة بين الاقارب وإفضاؤه إلى قطيعة الرحم المحرم وهذا موجود فيما ذكرنا ، فإن احتجوا بعموم قوله سبحانه ( وأحل لكم ما وراء ذلكم ) خصصناه بما رويناه ، وبلغنا ان رجلين من الخوارج أتيا عمر بن عبد العزيز فكان مما أنكرا عليه رجم الزاني وتحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبينها وبين خالتها وقالا ليس هذا في كتاب الله تعالى ، فقال لهما : كم فرض الله عليكم من الصلاة ؟ قالا : خمس صلوات في اليوم والليلة ، وسألهما عن عدد ركعاتها فأخبراه بذلك وسألهما عن مقدار الزكاة ونصبها فأخبراه ، فقال : فهل تجدان ذلك في كتاب الله ؟ قالا لا نجده في كتاب الله ، قال : فمن أين صرتما إلى ذلك ؟ قالا فعله رسول الله ( ص ) والمسلمون بعده . قال فكذلك هذا ، ثم لا فرق بين الخالة والعمة حقيقة أو مجازا كعمات آبائها وخالاتهم وعمات أمهاتها وخالاتهن وإن علت درجتهن من نسب كان ذلك أو من رضاع ، فكل شخصين لا يجوز لأحدهما أن يتزوج الاخر لو كان أحدهما ذكراً والاخر أنثى لأجل القرابة لا يجوز الجمع بينهما لتأدية ذلك إلى قطعية الرحم القريبة لما في الطباع من التنافس والغيرة بين الضرائر : ولا يجوز الجمع بين المرأة وأمها في العقد لما ذكرناه ، ولان الام الى ابنتها اقرب من الاختين فإذا لم يجمع بين الاختين فالمرأة وابنتها اولى .

( فصل ) ولا يحرم الجمع بين ابنتي العم وابنتي الخال في قول عامة اهل العلم لعدم النص فيهما بالتحريم ودخولهما في عموم قوله تعالى ( وأحل لكم ما وراء ذلكم ) ولان احداهما تحل لها الاخرى لو كانت ذكرا ، وفي كراهة ذلك روايتان . احداهما يكره . روى ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر بن زيد وعطاء والحسن وسعيد بن عبد العزيز .

وروى أبو حفص بإسناده عن عيسى بن طلحة قال « نهى رسول الله ( ص ) أن تزوج المرأة على ذى قرابتها كراهية القطيعة » ولأنه مفض الى قطيعة الرحم المأمور بصلتها فأقل أحواله الكراهة ، والأخرى : لا يكره وهو قول سليمان بن يسار والشعبي وحسين بن حسن والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي عبيد لأنه ليست بينهما قرابة تحرم الجمع فلا يقتضى كراهته كسائر الاقارب .

« مسألة » قال ( وإذا عقد على المرأة ولم يدخل بها فقد حرمت على ابنه وأبيه وحرمت عليه أمها ، والجد وإن علا فيما قلت بمنزلة الأب وابن الابن فيه وإن سفل بمنزلة الابن )

وجملة ذلك : أن المرأة اذا عقد الرجل عقد النكاح عليها حرمت على أبيه بمجرد العقد عليها لقول الله تعالى ( وحلائل أبنائكم ) وهذه من حلائل أبنائه وتحرم على أبيه لقوله سبحانه ( ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ) وهذه قد نكحها أبوه ، وتحرم أمها عليه لقوله سبحانه ( وأمهات نسائكم ) وهذه منهن ، وليس فى هذا اختلاف بحمد الله الا شيء ذكرناه فيما تقدم ، والجد كالأب فى هذا ، وابن الابن كالابن فيه لأنهم يدخلون فى اسم الآباء والابناء وسواء فى هذا القريب والبعيد والوارث وغيره من قبل الأب والأم ومن ولد البنين أو ولد البنات وقد تقدم ذلك .

« مسألة » قال ( وكل من ذكرنا من المحرمات من النسب والرضاع فبناتهن فى التحريم كهن الا بنات العمات والخالات وبنات من نكحهن الاباء والابناء فإنهن محللات ، وكذلك بنات الزوجة التى لم يدخل بها )

وجملة ذلك : أن كل محرمة تحرم ابنتها لتناول التحريم لها فالأمهات تحرم بناتهن لأنهن أخوات أو عمات أو خالات والبنات يحرم بناتهن لأنهن بنات ويحرم بنات الأخوات وبناتهن لأنهن بنات الأخت وكذلك بنات بنات الأخ الا بنات العمات والخالات فلا يحرمن بالإجماع لقول الله تعالى ( وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك ) فأحلهن الله لنبيه عليه السلام ،

ولانهن لم يذكرن فى التحريم فيدخلن فى قول الله تعالى ( وأحل لكم ما وراء ذلكم ) وكذلك لا يحرم بنات زوجات الاباء والأبناء لأنهن حرمن لكونهن حلائل الاباء والابناء ولم يوجد ذلك فى بناتهن ولا وجدت فيهن علة أخرى تقتضى تحريمهن فدخلن فى قوله سبحانه ( وأحل لكم ما وراء ذلكم ) وكذلك بنات الزوجة التى لم يدخل بها محللات لقوله سبحانه ( فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ) وهن الربائب وليس هؤلاء ممن حرمت أمهن : وإنما ذكرها لأنها محللة فيشتبه حكمها .

فإن قيل : فلم حرمت ابنة الربيبة ولم تحرم ابنة حليلة الإبن ؟ قلنا لأن ابنة الربيبة ربيبة وابنة الحليلة ليست حليلة ، ولأن علة تحريم الربيبة أنه يشق التحرز من النظر اليها والخلوة بها بكونها فى حجره فى بيته ، وهذا المعنى يوجد فى بنتها وان سفلت . والحليلة حرمت بنكاح الأب والابن لها ولا يوجد ذلك فى ابنتها

« مسألة » قال ( ووطء الحرام محرم كما يحرم وطء الحلال والشبهة )

يعنى أنه يثبت به تحريم المصاهرة ، فإذا زنا بامرأة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها كما لو وطئها بشبهة أوحلالا ولو وطىء أم امرأته أو بنتها حرمت عليه امرأته : نص أحمد على هذا فى رواية جماعة ، وروى نحو ذلك عن عمران بن حصين ، وبه قال الحسن وعطاء وطاوس ومجاهد والشعبي والنخعى والثورى وإسحاق وأصحاب الرأى .

وروى عن ابن عباس أن الوطء الحرام لايحرم ، وبه قال سعيد بن المسيب ويحيى بن يعمر وعروة والزهرى ومالك والشافعى وأبو ثور وابن المنذر لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لايحرم الحرام الحلال » ولأنه وطء لا تصير به الموطوءة فراشا فلا يحرم كوطء الصغيرة .

ولنا قوله تعالى ( ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء ) والوطء يسمى نكاحا قال الشاعر :

« إذا زنيت فأجد نكاحا » فحمل فى عموم الآية وفى الآية قرينة تصرفه إلى الوطء ، وهو قوله سبحانه وتعالى ( إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا ) وهذا

التغليظ إنما يكون فى الوطء ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها » وروى الجوزجانى بإسناده عن وهب ابن منبه قال « ملعون من نظر الى فرج إمرأة وابنتها » فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه ، ولأن ما تعلق من التحريم بالوطء المباح تعلق بالمحظور كوطء الحائض ولأن النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة فأفسده الوطء الحرام كالاحرام، وحديثهم لا نعرف صحته وإنما هو من كلام ابن أسوع بعض قضاة العراق . كذلك قال الامام أحمد وقيل إنه من قول ابن عباس . ووطء الصغيرة ممنوع ثم يبطل بوطء الشبهة .

( فصل ) والوطء على ثلاثة أضرب : مباح وهو الوطء فى نكاح صحيح أو ملك يمين فيتعلق به تحريم المصاهرة بالاجماع ويعتبر محرما لمن حرمت عليه لأنها حرمت عليه على التأبيد بسبب مباح أشبه النسب ، الثانى : الوطء بالشبهه وهو الوطء فى نكاح فاسد أو شراء فاسد أو وطء امرأة ظنها امرأته أو أمته أو وطء الأمة المشتركة بينه وبين غيره وأشباه هذا فهذا يتعلق به التحريم كتعلقه بالوطء المباح إجماعا .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار على أن الرجل إذا وطىء امرأة بنكاح فاسد أو بشراء فاسد أنها تحرم على أبيه وابنه واجداده وولد ولده وهذا مذهب مالك والاوزاعى والثورى والشافعى وأحمد واسحاق وأبى ثور وأصحاب الرأى ، ولأنه وطء يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطء المباح ولا يصير الرجل محرما لمن حرمت عليه ولا يباح له به النظر اليها لان الوطء ليس بمباح ولان المحرمية تتعلق بكمال حرمة الوطء لانها إباحة ولان الموطوءة لم يستبح النظر اليها فلأن لا يستبيح النظر الى غيرها أولى :

الثالث : الحرام المحض وهو الزنا فيثبت به التحريم على الخلاف المذكور ولا تثبت به المحرمية ولا اباحة النظر لانه اذا لم يثبت بوطء الشبهة فالحرام المحض أولى ولا يثبت به نسب ولا يجب به المهر اذا طاوعته فيه .

( فصل ) ولا فرق فيما ذكرنا بين الزنا فى القبل والدبر لانه يتعلق به التحريم فيما اذا وجد فى الزوجة والامة فكذلك فى الزنا فإن تلوط بغلام فقال بعض أصحابنا

يتعلق به التحريم أيضا فيحرم على اللائط أم الغلام وابنته وعلى الغلام أم اللائط وابنته قال ونص عليه أحمد وهو قول الاوزاعى لأنه وطء فى الفرج فنشر الحرمة كوطء المرأة ولأنها بنت من وطئه وأمه فحرمتا عليه كما لو كانت الموطوءة أنثى ، وقال أبو الخطاب يكون ذلك كالمباشرة دون الفرج يكون فيه روايتان والصحيح أن هذا لاينشر الحرمة فإن هؤلاء غير منصـــوص عليهن فى التحريم فيدخلن فى عموم قوله تعـالى ( وأحل لـكم ما وراء ذلكم ) ولأنهن غير منصوص عليهن ولا فى معنى المنصوص عليه فوجب أن لا يثبت حكم التحريم فيهن فإن المنصوص عليهن فى هذا حلائل الأبناء ومن نكحهن الآباء وأمهات النساء وبناتهن وليس هؤلاء منهن ولافى معناهن لان الوطء فى المرأة يكون سببا للبضعية ويوجب المهر ويلحق به النسب وتصير به المرأة فراشا ويثبت أحكاما لا يثبتها اللواط فلا يجوز الحاقه بهن لعدم العله وانقطاع الشبه، ولذلك لو أرضع الرجل طفلا لم يثبت به حكم التحريم فههنا أولى وان قدر بينهما شبه من وجه ضعيف فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به واطراح النص بمثله .

## فصـــل

ويحرم على الرجل نكاح بنته من الزنا وأخته وبنت ابنه وبنت بنته وبنت أخيه وأخته من الزنا ، وهو قول عامة الفقهاء ، وقال مالك والشافعى فى المشهور من مذهبه يجوز ذلك كله لأنها أجنبية منه ولا تنسب اليه شرعا ولا يجرى التوارث بينهما ولا تعتق عليه اذا ملكها ولا تلزمه نفقتها فلم تحرم عليه كسائر الأجانب

ولنا قول الله تعـالى ( حرمت عليـكم أمهاتـكم وبناتـكم ) وهذه بنته فإنها أنثى مخلوقة من مائه ، هذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة ، ويدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم فى امرأة هلال بن أمية « انظروه يعنى ولدها فإن جاءت به على صفة كذا فهو لشريك بن سحماء » يعنى الزانى ولانها مخلوقة من مائه وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة فأشبهت المخلوقة من وطء بشبهة ولانها بضعة منه فلم تحل له كبنته من النكاح وتخلف بعض الاحكام لا ينفى كونها بنتا كما لو تخلف لرق أو اختلاف دين .

إذا ثبت هذا . فلا فرق بين علمه بكونها منه مثل أن يطأ امرأة فى طهر لم يصبها فيه غيره ثم يحفظها حتى تضع أو مثل أن يشترك جماعة فى وطء امرأة فتأتى بولد لا يعلم هل هو منه أو من غيره ؟ فإنها تحرم على جميعهم لوجهين

أحدهما : أنها بنت موطوءتهم ، والثانى : أننا نعلم أنها بنت بعضهم فتحرم على الجميع كما لو زوج الوليان ولم يعلم السابق منهما وتحرم على أولادهم لأنها أخت بعضهم غير معلوم فان ألحقتها القافة بأحدهم حلت لأولاد الباقين ولم تحل لأحد من وطىء أمها لانها فى معنى ربيبته .

( فصـــل )

ووطء الميتة يحتمل وجهين . أحـــدهما : ينشر الحرمة ، لأنه معنى ينشر الحرمة المؤبدة فلم يختص بالحياة كالرضاع ، والثانى . لا ينشرها ، وهو قول أبي حنيفة والشافعى : لانه ليس بسبب للبضعية ولان التحريم يتعلق باستيفاء منفعة الوطء . والموت يبطل المنافع

وأما الرضاع فيحرم لما يحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم وهذا يحصل من لبن الميتة . وفى وطء الصغيرة أيضاً وجهان . أحدهما ينشرها وهو قول ابي يوسف لانه وطء لآدمية حية فى القبل اشبه وطء الكبيرة ، والثانى : لا ينشرها وهو قول ابي حنيفة ، لانه ليس بسبب للبضعية اشبه وطء الميتة .

( فصل ) فأما المباشرة فيما دون الفرج فان كانت لغير شهوة لم تنشر الحرمة بغير خلاف نعلمه ، وان كانت لشهوة وكانت فى اجنبية لم تنشر الحرمة أيضاً ، قال الجوزجانى سألت احمد عن رجل نظر الى ام امرأته فى شهوة أو قبلها او باشرها فقال انا اقول لا يحرمه شىء من ذلك إلا الجماع ، وكذلك نقل احمد بن القاسم وإسحاق بن منصور ، وان كانت المباشرة لامرأة محللة له كامرأته او مملوكته لم تحرم عليه ابنتها .

قال ابن عباس . لا يحرم الربيبة إلا جماع امها . وبه قال طاوس وعمرو بن دينار : لأن الله تعالى قال ( فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ) وهذا ليس بدخول فلا يجوز ترك النص الصريح من اجله . واما تحريم امها وتحريمها على ابي المباشر لها وابنه فانها فى النكاح تحرم بمجرد العقد قبل المباشرة فلا يظهر

للباشرة أثر ، وأما الأمة : فتى باشرها دون الفرج لشهوة فهل يثبت تحريم المصاهرة؟ فيه روايتان .

إحداهما ينشرها . روى ذلك عن ابن عمر وعبد الله بن عمرو ومسروق وبه قال القاسم والحسن ومكحول والنخعى والشعبي ومالك والأوزاعى وابو حنيفه وعلى بن المدينى وهو أحد قولى الشافعى . لأنه نوع استمتاع فتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء فى الفرج ولانه تلذذ بمباشرة يتعلق به التحريم كما لو وطىء

والثانية : لا يثبت به التحريم . لانها ملامسة لاتوجب الغسل فلم يثبت بها التحريم ، كما لو لم يكن بشهوة لان ثبوت التحريم إما أن يكون بنص أو قياس على المنصوص ، ولا نص فى هذا ولا هو فى معنى المنصوص عليه ولا المجمع عليه فإن الوطء يتعلق به من الاحكام استقرار المهر والاحصان والاغتسال والعدة وإفساد الإحرام والصيام بخلاف اللمس ، وذكر أصحابنا الروايتين فى جميع الصور من غير تفصيل وهذا الذى ذكرناه أقرب الى الصواب إن شاء الله سبحانه

( فصل )

ومن نظر الى فرج امرأة بشهوة فهو كلمسها لشهوة فيه أيضاً روايتان .

إحداهما : ينشر الحرمة فى الموضع الذى ينشرها اللمس ، روى عن عمرو بن عمر وعامر بن ربيعة ، وكان بدريا ، وعبد الله بن عمرو فيمن يشترى الخادم ثم يجردها أو يقبلها لا يحل لابنه وطؤها وهو قول القاسم والحسن ومجاهد ومكحول وحماد ابن أبى سليمان وأبى حنيفة لما روى عبد الله بن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من نظر الى فرج امرأة لم تحل له أمها وابنتها » وفى لفظ « لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها » .

والثانية : لايتعلق به التحريم وهو قول الشافعى ، وأكثر أهل العلم لقوله تعالى ( وأحل لكم ماوراء ذلكم ) ولانه نظر من غير مباشرة فلم يوجب التحريم كالنظر الى الوجه ، والخبر ضعيف قاله الدارقطنى ، وقيل هو موقوف على ابن مسعود ثم يحتمل أنه كنى بذلك عن الوطء . وأما النظر الى سائر البدن فلا ينشر حرمة وقال بعض أصحابنا لافرق بين النظر الى الفرج وسائر البدن لشهوة ، والصحيح خلاف هذا فإن غير الفرج لا يقاس عليه لما بينهما من الفرق ، ولا خلاف نعلمه

فى أن النظر إلى الوجه لا يثبت الحرمة ،كذلك غيره ، ولا خلاف أيضا فى أن النظر إذا وقع من غير شهوة لاينشر حرمة ، لأن اللمس الذى هو أبلغ منه لايؤثر إذا كان لغير شهوة فالنظر أولى ، وموضع الخلاف فى اللمس والنظر فيمن بلغت سنا يمكن الاستمتاع منها كابنة تسع فما زاد . فأما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك ، وقد روى عن أحمد فى بنت سبع إذا قبلها حرمت عليه أمها . قال القاضى : هذا عندى محمول على السن الذى توجد معه الشهوة .

( فصـــل ) فإن نظرت المرأة الى فرج رجل لشهوة فحكمه فى التحريم حكم نظره اليها ، نص عليه أحمد ، لأنه معنى يوجب التحريم فاستوى فيه الرجل والمرأة كالجماع ، وكذلك ينبغى ان يكون حكم لمسها له وقبلتها إياه لشهوة لما ذكرنا .

( فصـــل )

فأما الخلوة بالمرأة فالصحيح أنها لا تنشر حرمة ، وقد روى عن احمد : اذا خلا بالمرأة وجب الصداق والعدة ولا يحل له ان يتزوج امها وابنتها . قال القاضى : هذا محمول على انه حصل مع الخلوة مباشرة ، فيخرج كلامه على إحدى الروايتين اللتين ذكرناهما . فأما مع خلوه من ذلك فلا يؤثر فى تحريم الربيبة لما فى ذلك من مخالفة قوله سبحانه ( فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ) وقوله ( وأحل لكم ما وراء ذلكم ) . وأما الخلوة بأجنبية أو أمته فلا تنشر تحريما لا نعلم فى ذلك خلافا ، وكل من حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين ؛ لأنه اذا حرم العقد المراد للوطء فالوطء أولى .

( مسألة ) قال ( وان تزوج أختين من نسب أو رضاع فى عقد واحد فسد ، وان تزوجهما فى عقدين فالأولى زوجته ، والقول فيهما كالقول فى المرأة وعمتها والمرأة وخالتها )

وجملة ذلك ان الجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها محرم فمن جمع بينهما فعقد عليهما معاً لم يصح العقد فى واحدة منهما ، لأنه لايمكن تصحيحه فيهما ولا مزية لإحداهما على الأخرى فيبطل فيهما ، كما لو زوجت المرأة لرجلين ، وهكذا لو تزوج خمســـة فى عقد واحد بطل فى الجميع لذلك ، وان تزوجهما فى عقدين

فنكاح الأولى صحيح لأنه لاجمع فيه ، ونكاح الثانية باطل لأن الجمع يحصل به فبالعقد على الأولى تحرم الثانية ، ولا يصح عقده عليها حتى تبين الأولى منه ويزول نكاحها وعدتها .

( فصل ) فإن تزوجها فى عقدين ولم يدر أولاهما فعليه فرقتهما معاً . قال احمد فى رجل تزوج أختين لا يدرى أيتهما تزوج أولا : نفرق بينه وبينهما ، وذلك لأن إحداهما محرمة عليه ونكاحها باطل ولا نعرف المحللة له فقد اشتبهتا عليه ونكاح إحداهما يصح ولا نتيقن بينونتها منه إلا بطلاقهما جميعا أو فسخ نكاحهما فوجب ذلك كما لو زوج الوليان ولم يعرف الأول منهما ، وإن أحب ان يفارق إحداهما ثم يجدد عقد الأخرى ويمسكها فلا بأس ، وسواء فعل ذلك بقرعة أو بغير قرعة ولا يخلو من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن لا يكون دخل بواحدة منها فله أن يعقد على احداهما فى الحال بعد فراق الأخرى .

الثانى : إذا دخل بإحداهما فان أراد نكاحها فارق التى لم يصبها بطلقة ثم ترك المصابة حتى تنقضى عدتها ثم نكحها لاننا لا نأمن ان تكون هى الثانية فيكون قد أصابها فى نكاح فاسد ، فلهذا اعتبرنا انقضاء عدتها ، ويحتمل أن يجوز له العقد عليها فى الحال ، لان النسب لاحق به ولا يصان ذلك عن مائه ، وإن أحب نكاح الاخرى فارق المصابة بطلقة ثم انتظرها حتى تنقضى عدتها ثم تزوج أختها .

القسم الثالث : إذا دخل بهما فليس له نكاح واحدة منهما حتى يفارق الاخرى وتنقضى عدتها من حين فرقتها وتنقضى عدة الاخرى من حين أصابها . وان ولدت منه احداهما أو هما جميعا فالنسب لاحق به ، لانه اما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد . وكلاهما يلحق النسب فيه ، وان لم يرد نكاح واحدة منهما فارقهما بطلقة طلقة .

( فصل ) فأما المهر فإن لم يدخل بواحدة منهما فلأحدهما نصف المهر ولا نعلم من يستحقه منهما فيصطلحان عليه ، وان لم يفعلا أقرع بينهما فكان لمن خرجت قرعتها مع يمينها ، وقال ابو بكر : اختيارى ان يسقط المهر اذا كان مجبراً على الطلاق قبل الدخول ، وإن دخل بواحدة منهما أقرع بينهما ، فإن وقعت لغير المصابة فلها

نصف المهر وللمصابة مهر المثل بما استحل من فرجها . وان وقعت على المصابة فلا شيء للأخرى وللمصابة المسمى جميعه ، وان أصابهما معا فلاحداهما المسمى وللأخرى مهر المثل يقرع بينهما فيه ان قلنا ان الواجب فى النكاح الفاسد مهر المثل ، وان قلنا بوجوب المسمى فيه وجب ههنا لكل واحد منهما

( فصل ) قال أحمد : اذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ودخل بها اعتزل زوجته حتى تنقضى عدة الثانية ، انما كان كذلك لانه لو أراد العقد على أختها فى الحال لم يجز له حتى تنقضى عدة الموطوءة ، كذلك لا يجوز الوطء لامرأته حتى تنقضى عدة أختها التى أصابها

« مسألة » قال ( وان تزوج أخته من الرضاع وأجنبية فى عقد واحد ثبت نكاح الاجنبية )

وجملة ذلك انه اذا عقد النكاح على اخته واجنبية معا بأن يكون لرجل اخت وابنة عم احداهما رضيعة المتزوج فيقول له زوجتكها معا فيقبل ذلك فالمنصوص ههنا صحة نكاح الاجنبيه ، ونص فيمن تزوج حرة وامة على أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الامه ، وقيل فيه روايتان احداهما يفسد فيهما ، وهو أحد قولى الشافعى واختيار ابى بكر ، لانها لفظة واحدة جمعت حلالا وحراما فلم تصح ، كما لو جمع بين اختين ، والثانية يصح فى الحرة وهى اظهر الروايتين ، وهذا قول مالك والثورى واصحاب الرأى ، لانها محل قابل للنكاح اضيف اليها عقد صادر عن أهله لم يجتمع معها فيه مثلها فصح كما لو انفردت به ، وفارق العقد على الاختين لانه لامزية لاحداهما على الاخرى : وههنا قد تعينت التى بطل النكاح فيها ، فعلى هذا القول يكون لها من المسمى بقسط مهر مثلها منه ، وفيه وجه آخر أن لها نصف المسمى ، واصل هذين الوجهين اذا تزوج امرأتين يجوز له نكاحهما بمهر واحد هل يكون بينهما على قدر صداقهما او نصفين؟ على وجهين يأتى ذكرهما ان شاء الله

( فصل ) ولو تزوج يهودية ومجوسيه ومحللة أو محرمة فى عقد واحد فسد فى المجوسية والمحرمة ، وفى الاخرى وجهان ، وان نكح أربع حرائر وأمة فسد فى الامة

وفى الحرائر وجهان . وإن نكح العبد حرتين وأمة بطل نكاح الجميع ، وان تزوج امرأة وابنتها فسد فيهما لان الجمع بينهما محرم فلم يصح فيهما كالأختين .

« مسألة » قال ( واذا اشترى أختين فأصاب احداهما لم يصب الاخرى حتى تحرم الاولى ببيع أو نكاح أو هبة وما أشبهه ويعلم أنها ليست بحامل ، فإن عادت الى ملكه لم يصب واحدة منهما حتى تحرم عليه الاولى )

الكلام فى هذه المسألة فى فصول ستة :

الفصل الاول : أنه يجوز الجمع بين الاختين فى الملك بغير خلاف بين أهل العلم وكذلك بينها وبين عمتها وخالتها . ولو اشترى جارية فوطئها حل له شراء أختها وعمتها وخالتها ، لان الملك يقصد به التمول دون الاستمتاع ، وكذلك حل له شراء المجوسية والوثنية والمعتدة والمزوجة والمحرمات عليه بالرضاع والمصاهرة .

الفصل الثانى : أنه لا يجوز الجمع بين الاختين من امائه فى الوطء نص عليه أحمد فى رواية الجماعة وكرهه عمر وعثمان وعلى وعمار وابن مسعود ، وممن قال بتحريمه عبيد الله بن عبد الله بن عتبة وجابر بن زيد وطاوس ومالك والاوزاعى وأبو حنيفة والشافعى ، وروى عن ابن عباس أنه قال « أحلتهما آية وحرمتهما آية ولم أكن لافعله » ويروى ذلك عن على أيضاً يريد بالمحرمة قوله ( وأن تجمعوا بين الاختين ) وبالمحللة قوله تعالى ( الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ) .

وقد روى ابن منصور عن أحمد وسأله عن الجمع بين الاختين المملوكتين أحرام هو ؟ قال لا أقول حرام ولكن ننهى عنه ، وظاهر هذا أنه مكروه غير محرم ، وقال داود وأهل الظاهر لا يحرم استدلالا بالآية المحللة لان حكم الحرائر فى الوطء مخالف لحكم الاماء ، ولهذا تحرم الزيادة على أربع فى الحرائر وتباح فى الاماء بغير حصر والمذهب تحريمه للآية المحرمة فإنه يريد بها الوطء والعقد جميعاً بدليل أن سائر المذكورات فى الاية يحرم وطؤهن والعقد عليهن ، وآية الحل مخصوصة بالمحرمات جميعهن وهذه منهن ولانها امرأة صارت فراشاً فحرمت أختها كالزوجة .

الفصل الثالث : أنه إذا كان فى ملكه أختان فله وطء احداهما فى قول أكثر

أهل العلم ؛ وقال الحكم وحماد : لا يقرب واحدة منهما ، وروى ذلك عن النخعي وذكره أبو الخطاب مذهبا لاحمد .

ولنا أنه ليس يجمع بينهما في الفراش فلم يحرم كما لو كان في ملكه احداهما فقط .

الفصل الرابع : أنه اذا وطىء احداهما فليس له وطء الاخرى قبل تحريم الموطوءة على نفسه باخراج عن ملكه أو تزويج ، هذا قول علي وابن عمر والحسن والاوزاعي واسحاق والشافعي ، فإن رهنها لم تحل له أختها لان منعه من وطئها لحق المرتهن لا لتحريمها ولهذا يحل له بإذن المرتهن في وطئها ، ولانه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها اليه ، وقال قتادة : ان استبرأها حلت له أختها لانه قد زال فراشه ولهذا لو أتت بولد فنفاه بدعوى الاستبراء انتفى فأشبه ما لو زوجها .

ولنا قول علي وابن عمر ، ولانه لم يزل ملكه عنها ولا حلها له فأشبه ما لو وطئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء ، ولان ذلك لا يمنعه وطأها فلا يأمن عوده اليها فيكون ذلك ذريعة الى الجمع بينهما ، وان حرم احداهما على نفسه لم تبح الاخرى ، لان هذا لا يحرمها انما هو يمين يكفر ولو كان يحرمها الا أنه لعارض متى شاء أزاله بالكفارة فهو كالحيض والنفاس والإحرام والصيام ، وان كاتب احداهما فظاهر كلام الخرقي أنه لا تحل له الاخرى ، وقال أصحاب الشافعي تحل له الاخرى لانها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه فأشبه التزويج .

ولنا أنه بسبيل من استباحتها بما لا يقف على غيرهما فلم تبح له أختها كالمرهونة

الفصل الخامس . أنه اذا أخرجها من ملكه لم تحل له أختها حتى يستبرىء المخرجة ، ويعلم براءتها من الحمل ، ومتى كانت حاملا منه لم تحل له أختها حتى تضع حملها ، لانه يكون جامعاً ماءه في رحم أختين بمنزلة نكاح الاخت في عدة أختها .

( فصل ) فإن وطىء أمتيه الاختين معا فوطء الثانية محرم ولا حد فيه ، ولان وطأه في ملكه ، ولانها مختلف في حكمها وله سبيل الى استباحتها بخلاف أخته من الرضاع المملوكة له ، ولا يحل له وطء احداهما حتى يحرم الاخرى ويستبرئها

وقال القاضي وأصحاب الشافعي الاولى باقية على الحل لان الوطء الحرام لا يحرم الحلال الا أن القاضي قال : لا يطؤها حتى يستبرىء الثانية .

ولنا أن الثانية قد صارت فراشا له يلحقه نسب ولدها فحرمت عليه أختها كما لو وطئها ابتداء ، وقولهم ان الحرام لا يحرم الحلال ليس بخبر صحيح وهو متروك بما لو وطىء الاولى في حيض أو نفاس أو احرام حرمت عليه أختها وتحرم عليه أمها وابنتها على التأبيد ، وكذلك لو وطىء امرأة بشبهة في هذا الحال ولو وطىء امرأة حرمت عليه ابنتها سواء وطئها حراما أو حلالا .

الفصل السادس : أنه متى زال ملكه عن الموطوءة زوالا أحل له أختها فوطئها ثم عادت الاولى الى ملكه فليس له وطء احداهما حتى تحرم الاخرى باخراج عن ملكه أو تزويج نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعي لا يحرم عليه واحدة منهما لان الاولى لم تبق فراشاً فأشبه ما لو وطىء أمة ثم اشترى أختها .

ولنا أن هذه صارت فراشا وقد رجعت اليه التي كانت فراشا فحرمت عليه كل واحدة منهما بكون أختها فراشا كما لو انفردت به ؛ فأما ان استفرش أمة واشترى أختها ، فان المشتراة لم تكن فراشا له بل هي محرمة عليه بافتراش أختها ولو أخرج الموطوءة عن ملكه ثم عادت اليه قبل وطء أختها فهي حلال له وأختها محرمة عليه لان أختها فراشه .

(فصل) وحكم المباشرة من الاماء فيما دون الفرج ، والنظر الى الفرج بشهوة فيما يرجع الى تحريم الاخت كحكمه في تحريم الربيبة ، والصحيح انه لا يحرم ، لان الحل ثابت بقوله ( او ما ملكت ايمانكم ) ومخالفة ذلك انما ثبتت بقوله ( وأن تجمعوا بين الاختين ) والمراد به الجمع في العقد او الوطء ولم يوجد واحد منهما ولا ما في معناهما .

( فصل ) وان وطىء امته ثم اراد نكاح اختها : فقد سئل احمد عن هذا فقال : لا يجمع بين الاختين الامتين : فيحتمل انه اراد ان النكاح لا يصح وهي احدى الروايات عن مالك ، قال القاضي : هو ظاهر كلام احمد ، لان النكاح تصير به المرأة فراشا فلم يجز ان ترد على فراش الاخت كالوطء ، ولانه فعل في الاخت

ما ينافي إباحة أختها المفترشة ، فلم يجز كالوطء ، ويحتمل أن يصح النكاح ؛ ولا تباح المنكوحة حتى تحرم أختها وهو مذهب أبي حنيفة ، قال أبو الخطاب وهو ظاهر كلام أحمد لأنه سبب يستباح به الوطء لجاز أن يرد على وطء الاخت ، ولا يبيح كالشراء ، وقال الشافعي يصح النكاح وتحل له المنكوحة وتحرم أختها لأن النكاح أقوى من الوطء بملك اليمين فإذا اجتمعا وجب تقديم الأقوى ، ووجه الأول ما ذكرنا ، ولأن وطء مملوكته معنى يحرم أختها لعلة الجمع فمنع صحة نكاحها كالزوجية ويفارق الشراء فإنه لا يقصد به الوطء ولهذا صح شراء الاختين ومن لا يحل له ، وقولهم النكاح أقوى من الوطء ممنوع وإن سلم فالوطء أسبق فيقدم ويمنع صحة ما يطرأ عليه مما ينافيه كالعدة تمنع ابتداء نكاح الاخت ؛ وكذلك وطء الامة يحرم نكاح ابنتها وأمها ، ولان هذا يمنز له نكاح الاخت في عدة أختها لكونه لم يستبرىء الموطوءة .

( فصل ) فإن زوج الامة الموطوءة أو أخرجها عن ملكه فله نكاح أختها فإن عادت الامة الى ملكه فالزوجية بحالها وحلها باق لان النكاح صحيح وهو أقوى ولا تحل له الامة ؛ وعنه أنه ينبغي أن تحرم احداهما لان أمته التي كانت فراشا قد عادت إليه والمنكوحة مستفرشة ، فأشبه أمتيه التي وطيء احداهما بعد تزويج الاخرى ثم طلق الزوج أختها وإن تزوج امرأة ثم اشترى أختها صح الشراء ولم تحل له لان النكاح كالوطء فأشبه ما لو وطيء أمته ثم اشترى أختها فإن وطيء أمته حرمت عليه حتى يستبرىء الامة ثم تحل له زوجته دون أمته لان النكاح أقوى وأسبق وانما وجب الاستبراء لئلا يكون جامعا لمائه في رحم أختين ، ويحتمل أن يحرما عليه جميعا حتى تحرم احداهما كالامتين .

« مسألة » قال رحمه الله ( وعمة الامة وخالتها في ذلك كأختها )

يعني في تحريم الجمع بينهما في الوطء والتفصيل فيهما كالتفصيل في الاختين على ما ذكرنا .

« مسألة » قال ( ولا بأس أن يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها )

أكثر أهل العلم يرون الجمع بين المرأة وربيبتها جائزا لا بأس به ، فعله عبدالله

ابن جعفر وصفوان بن اميه، وبه قال سائر الفقهاء الا الحسن وعكرمه وابن ابي ليلى، رويت عنهم كراهيته لان احداهما لو كانت ذكراً حرمت عليه الاخرى، فأشبه المرأة وعمتها.

ولنا قوله الله تعالى (وأحل لكم ماوراء ذلكم) ولانهما لا قرابة بينهما فأشبهتا الاجنبيتين، ولان الجمع حرم خوفا من قطيعه الرحم القريبه بين المتناسبين ولا قرابه بين هاتين وبهذا يفارق ما ذكروه.

(فصل) ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ولها بنت من غيره او كان له بنت ولها ابن جاز تزويج احدهما من الآخر في قول عامه الفقهاء، وحكي عن طاوس كراهيته اذا كان مما ولدته المرأة بعد وطء الزوج لها، والاول اولى لعموم الايه والمعنى الذي ذكرناه فإنه ليس بينهما نسب ولا سبب يقتضي التحريم، وكونه اخا لأختها لم يرد الشرع بأنه سبب للتحريم فبقي على الاباحه لعموم الايه، ومتى ولدت المرأة من ذلك الرجل ولداً صار عما لولد ولديهما وخالا.

(فصل) وان تزوج امرأة لم تحرم امها ولا ابنتها على ابيه ولا ابنه، فتى تزوج امرأة وزوج ابنه امها جاز لعدم اسباب التحريم، فإذا ولد لكل واحد منهما ولد كان ولد الابن خال ولد الاب وولد الاب عم ولد الابن، ويروى أن رجلا أتى عبدالملك بن مروان فقال: يا امير المؤمنين اني تزوجت امرأة وزوجت ابني بأمها فأخبرنا، فقال عبد الملك: ان اخبرتني بقرابه ولدك من ولد ابنك اخبرتك، فقال الرجل: يا امير المؤمنين هذا العريان بن الهيثم الذي وليته قائم سيفك أن علم ذلك فلا تخبرني، فقال العريان: احدهما عم الاخر والاخر خاله.

(فصل) واذا تزوج رجل بامرأة وزوج ابنه بنتها او امها فزفت امرأة كل واحد منهما الى صاحبه فوطئها فان وطء الاول يوجب عليه مهر مثلها لانه وطء شبهه ويفسخ به نكاحها من زوجها لانها صارت بالوطء حليله ابنه او ابيه ويسقط به مهر الموطوءة عن زوجها لان الفسخ جاء من قبلها بتمكينها من وطئها ومطاوعتها عليه ولا شيء لزوجها على الواطيء لانه لم يلزمه شيء يرجع به، ولان المرأة مشاركة في افساد نكاحها بالمطاوعه فلم يجب على زوجها شيء كما لو انفردت به.

ويحتمل أن يلزمه لزوجها نصف مهر مثلها لأنه أفسد نكاحها قبل الدخول أشبه المرأة تفسد نكاحه بالرضاع، وينفسخ نكاح الواطىء أيضا لأن إمرأته صارت أماً لموطوءته أو بنتا لها، ولها نصف المسمى، فأما وطء الثاني فيوجب مهر المثل للموطوءة خاصة فإن أشكل الأول انفسخ النكاحان ولكل واحدة مهر مثلها على واطئها ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى ولا يسقط بالشك.

«مسألة» قال ﴿ وحرائر نساء أهل الكتاب وذبائحهم حلال للمسلمين ﴾

ليس بين أهل العلم بحمد الله اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب. وممن روى عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم، قال ابن المنذر ولا يصح عن أحد من الأوائل أنه حرم ذلك، وروى الخلال بإسناده أن حذيفة وطلحة والجارود بن المعلى وأذينة العبد تزوجوا نساء من أهل الكتاب، وبه قال سائر أهل العلم، وحرمته الامامية تمسكا بقوله تعالى ( ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولا تمسكوا بعصم الكوافر ).

ولنا قول الله تعالى ( اليوم أحل لكم الطيبات — إلى قوله — والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن ) وإجماع الصحابة فأما قوله سبحانه ( ولا تنكحوا المشركات ) فروى عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التي في سورة المائدة، وكذلك ينبغي أن يكون ذلك في الآية الأخرى لأنهما متقدمتان والآية التي في آخر المائدة متأخرة عنهما، وقال آخرون ليس هذا نسخا فإن لفظ المشركين بإطلاقه لا يتناول أهل الكتاب بدليل قوله سبحانه ( لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين ) وقال ( إن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين ) وقال ( لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا ) وقال ( ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين ) وسائر آي القرآن يفصل بينهما، فدل على أن لفظة «المشركين» بإطلاقها غير متناولة لأهل الكتاب، وهذا معنى قول سعيد بن جبير وقتادة ولأن ما احتجوا به عام في كل كافرة وآيتنا خاصة في حل أهل الكتاب والخاص يجب تقديمه.

إذا ثبت هـذا فالأولى أن لا يتزوج كتابية لأن عمر قال الذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب « طلقوهن فطلقوهن إلا حذيفه فقال له عمر : طلقها ، قال : تشهد أنها حرام ؟ قال هى خمرة طلقها ، قال تشهد أنها حرام ؟ قال هى خمرة قال : قد علمت أنها خمرة ولكنها لى حلال ، فلما كان بعد طلقها ، فقيل له ألا طلقتها حين أمرك عمر ؟ قال : كرهت أن يرى الناس أنى ركبت أمراً لا ينبغى لى ، ولأنه ربما مال اليها قلبه ففتنته وربما كان بينهما ولد فيميل اليها .

﴿ فصـــل ﴾

وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم هم أهل التوراة والانجيل ، قال الله تعالى (أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا ) فأهل التوراة اليهود والسامرة وأهل الانجيل النصارى ومن وافقهم فى أصل دينهم من الافرنج والأرمن وغيرهم وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيراً ، فروى عن أحمد أنهم جنس من النصارى ، ونص عليه الشافعى وعلق القول فيهم فى موضع آخر .

وعن أحمد أنه قال بلغنى أنهم يسبتون فهؤلاء إذاً يشبهون اليهود ، والصحيح فيهم أنهم إن كانوا يوافقون النصارى أو اليهود فى أصل دينهم ويخالفونهم فى فروعه فهم ممن وافقوه وان خالفوهم فى أصل الدين فليس هم منهم والله أعلم ، وأما من سوى هؤلاء من الكفار مثل المتمسك بصحف إبراهيم وشيث وزبور داود فليسوا بأهل كتاب ولا تحل منا كحتهم ولا ذبائحهم وهذا قول الشافعى ، وذكر القاضى فيهم وجهاً آخر أنهم من أهـــل الكتاب وتحل ذبائحهم ونكاح نسائهم ويقرون بالجزيه لانهم تمسكوا بكتاب من كتب الله ، فأشبهوا اليهود والنصارى .

ولنا قول الله تعالى ( أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا ) ولان تلك الكتب كانت مواعظ وأمثالا لا أحكام فيها فلم يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الاحكام .

( فصل ) وليس للمجوس كتاب ولا تحل ذبائحهم ولا نكاح نسائهم ، نص عليه أحمد ، وهو قول عامة العلماء إلا أبا ثور فإنه أباح ذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « سنوا بهم سنة اهل الكتاب » ولانه يروى أن حذيفة « تزوج مجوسية » ولانهم يقرون بالجزية ، فأشبهوا اليهود والنصارى .

ولنا قول الله تعالى ( ولا تنكحوا المشركات ) وقوله ( ولا تمسكوا بعصم الكوافر ) فرخص من ذلك فى أهل الكتاب، فمن عداهم يبقى على العموم ولم يثبت أن للمجوس كتابا .

وسئل أحمد أيصح عن على أن للمجوس كتابا ؟ فقال : هذا باطل واستعظمه جداً، ولو ثبت أن لهم كتابا فقد بينا أن حكم أهل الكتاب لا يثبت لغير أهل الكتابين وقوله عليه السلام « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » دليل على أنه لا كتاب لهم وإنما أراد به النبى صلى الله عليه وسلم فى حقن دمائهم وإقرارهم بالجزية لا غير ، وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب غلب ذلك فى تحريم دمائهم فيجب أن يغلب حكم التحريم لنسائهم وذبائحهم فإننا إذا غلبنا الشبهة فى التحريم فتغليب الدليل الذى عارضته الشبهة فى التحريم أولى ولم يثبت أن حذيفة تزوج مجوسية وضعف أحمد رواية من روى عن حذيفة أنه تزوج مجوسية .

وقال أبو وائل يقول « تزوج يهودية » وهو أوثق ممن روى عنه أنه تزوج مجوسية ، وقال ابن سيرين كانت امرأة حذيفة نصرانية ومع تعارض الروايات لا يثبت حكم إحداهن الا بترجيح ، على أنه لو ثبت ذلك عن حذيفة فلا يجوز الاحتجاج به مع مخالفة الكتاب وقول سائر العلماء، وأما إقرارهم بالجزية فلأننا غلبنا حكم التحريم لدمائهم فيجب أن يغلب حكم التحريم فى ذبائحهم ونسائهم .

( فصل ) وسائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبد ما استحسن من الأصنام والأحجار والشجر والحيوان فلا خلاف بين أهل العلم فى تحريم نسائهم وذبائحهم وذلك لما ذكرنا من الآيتين وعدم المعارض لهما ، والمرتدة يحرم نكاحها على أى دين كانت لأنه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذى انتقلت اليه فى إقرارها عليه ففى حلها أولى .

« مسألة » قال ( وإذا كان أحد أبوى الكافرة كتابيا والآخر وثنيا لم ينكحها مسلم )

وجملته أنه إذا كان أحد أبوى الكتابية غير كتابى لم يحل نكاحها ، سواء كان وثنيا أو مجوسيا أو مرتداً ، وبهذا قال الشافعى فيما إذا كان الأب غير كتابى لأن

الولد ينسب الى أبيه ويشرف بشرفه وينسب الى قبيلته ، وان كانت الأم غير كتابية فله فيه قولان .

ولنا أنها غير متمحضة من أهل الكتاب فلم يجز للمسلم نكاحها كما لو كان أبوها وثنيا ولأنها مولودة بين من يحل وبين من لا يحل فلم يحل كالسبع والبغل ويحتمل أن تحل بكل حال لدخولها فى عموم الاية المبيحة ولأنها كتابية تقر على دينها فأشبهت من أبواها كتابيان، والحكم فيمن أبواها غير كتابيين كالحكم فيمن أحد أبويها كذلك لأنها إذا حرمت لكون أحد أبويها وثنيا فلأن تحرم اذا كانا وثنيين أولى والاحتمال الذى ذكرناه ثم تتحقق ههنا اعتبار الحال نفسها دون أبويها

« مسألة » قال ( واذا تزوج كتابية فانتقلت الى دين آخر من الكفر غير دين أهل الكتاب أجبرت على الإسلام فإن لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها )

الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة ، الأول : أن الكتابى اذا انتقل الى غير دين أهل الكتاب لم يقر عليه، لانعلم فى هذا خلافا فانه اذا انتقل الى دين لا يقر أهله بالجزية كعبادة الأوثان وغيرها مما يستحسنه فالأصل منهم لا يقر على دينه فالمنتقل اليه أولى . وان انتقل الى المجوسية لم يقر أيضا لأنه انتقل الى أنقص من دينه فلم يقر عليه كالمسلم اذا ارتد ، فأما ان انتقل الى دين آخر من دين أهل الكتاب كاليهود يتنصر أو النصرانى يتهود ففيه روايتان .

احداهما : لايقر أيضا ، لأنه انتقل الى دين باطل قد أقر ببطلانه فلم يقر عليه كالمرتد ، والثانية يقر عليه . نص عليه أحمد ، وهو ظاهر كلام الخرقى واختيار الخلال وصاحبه ، وقول أبى حنيفة لأنه لم يخرج عن دين أهل الكتاب ، فأشبه المنتقل ، وللشافعى قولان كالروايتين ، فأما المجوسى اذا انتقل الى دين لايقر أهله عليه لم يقر كأهل ذلك الدين ، وان انتقل الى دين أهل الكتاب خرج فيه الروايتان وسواء فيما ذكرنا الرجل والمرأة لعموم قوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » ولعموم المعنى الذى ذكرناه فيهما جميعا .

الفصل الثانى : أن المنتقل الى غير دين أهل الكتاب لايقبل منه الا الإسلام نص عليه أحمد ، واختاره الخلال وصاحبه ، وهو أحد أقوال الشافعى لأن غير

الاسلام أديان باطلة قد أقر ببطلانها فلم يقر عليها كالمرتد ، وعن أحمد أنه لا يقبل الا الاسلام او الدين الذى كان عليه لان دينه الاول قد أقررناه عليه مرة ولم ينتقل الى خير منه فنكره عليه ان رجع اليه ولأنه منتقل من دين يقر اهله عليه الى دين لا يقر اهله عليه فيقبل منه الرجوع اليه كالمرتد اذا رجع الى الاسلام .

وعن احمد رواية ثالثة انه يقبل منه احد ثلاثة اشياء : الاسلام او الرجوع الى دينه الأول ، او دين يقر اهله عليه لعموم قوله تعالى ( حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ) وان انتقل الى دين اهل الكتاب وقلنا لا يقر ففيه الروايتان ، احداهما : لا يقبل منه الا الاسلام ، والأخرى : لا يقبل منه الا الاسلام او الدين الذى كان عليه .

الفصل الثالث فى صفة اجباره على ترك ماانتقل اليه ، وفيه روايتان . احداهما انه يقتل ان لم يرجع ، رجلا كان او امرأة لعموم قوله عليه السلام «من بدل دينه فاقتلوه» ، ولانه ذمى نقض العهد فأشبه مالو نقضه بترك التزام الذمة وهل يستتاب ؟ يحتمل وجهين .

احدهما : يستتاب لأنه يسترجع عن دين باطل انتقل اليه فيستتاب كالمرتد .

والثانى : لا يستتاب لانه كافر اصلى ابيح قتله فأشبه الحربى ، فعلى هذا ان بادر واسلم او رجع الى ما يقر عليه عصم دمه والا قتل .

والرواية الثانية عن احمد قال : اذا دخل اليهودى فى النصرانية رددته الى اليهودية ولم ادعه فيما انتقل اليه ، فقيل له اتقتله ؟ قال لا ولكن يضرب ويحبس، قال وان كان نصرانيا او يهوديا فدخل فى المجوسية كان اغلظ لأنه لا تؤكل ذبيحته ولا تنكح له امرأة ولا يترك حتى يرد اليها، فقيل له تقتله اذا لم يرجع ؟ قال انه لاهل ذلك ؛ وهذا نص فى أن الكتابى المنتقل الى دين آخر من دين اهل الكتاب لا يقتل بل يكره بالضرب والحبس .

الفصل الرابع : ان امرأة المسلم الذمية اذا انتقلت الى دين غير دين اهل الكتاب فهى كالمرتدة لان غير دين اهل الكتاب لا يحل نكاح نسائهم فتى كان قبل الدخول انفسخ نكاحها فى الحال ولا مهر لها لأن الفسخ من قبلها ، وان كان بعده وقف على انقضاء العدة فى احدى الروايتين ، والأخرى : ينفسخ فى الحال ايضا .

«مسألة» قال ( وأمته الكتابيه حلال له دون أمته المجوسية )

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين : أحدهما : أن أمته الكتابيه حلال له . وهذا قول عامة أهل العلم إلا الحسن فإنه كرهه لان الامة الكتابية يحرم نكاحها فحرم التسرى بها كالمجوسية .

ولنا قول الله تعالى ( إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ) ولأنها ممن يحل نكاح حرائرهم فحل له التسرى بها كالمسلمة ، فأما نكاحها فيحرم لأن فيه إرقاق ولده وإبقاءه مع كافرة بخلاف التسرى

الفصل الثانى : ان من حرم نكاح حرائرهم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل الكتاب لا يباح وطء الاماء منهن بملك اليمين فى قول أكثر أهل العلم . منهم مرة الهمذانى والزهرى وسعيد بن جبير والأوزاعى والثورى وابو حنيفة ومالك والشافعى . قال ابن عبد البر : على هذا جماعة فقهاء الأمصار وجمهور العلماء وما خالفه فشذوذ لايعد خلافا ، ولم يبلغنا إباحة ذلك الا عن طاوس . ووجه قوله عموم قوله تعالى ( والمحصنات من النساء إلا ماملكت أيمانكم ) والآية الأخرى .

روى ابو سعيد « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين بعثا قبل أوطاس فأصابوا منهم سبايا ، وكأن ناسا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تحرجوا من غشيانهن من اجل ازواجهن من المشركين ، فأنزل الله عز وجل فى ذلك ( والمحصنات من النساء إلا ماملكت أيمانكم ) قال فهن لهم حلال إذا انقضت عدتهن » وعنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى سبايا أوطاس « لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة » رواهما ابو داود وهو حديث صحيح . وهم عبدة أوثان . وهذا ظاهر فى إباحتهن : ولأن الصحابة فى عصر النبي صلى الله عليه وسلم كان أكثر سباياهم من كفار العرب ، وهم عبدة أوثان ، فلم يكونوا يرون تحريمهن لذلك ، ولا نقل عن النبى صلى الله عليه وسلم تحريمهن : ولا أمر الصحابة باجتنابهن ، وقد دفع ابو بكر إلى سلمة بن الأكوع امرأة من بعض السبي نفلها إياه ، وأخذ عمر وإبنه من سبي هوازن وغيرهما من الصحابة ، والحنفية أم محمد بن الحنفية من سبي بنى حنيفة ، وقد أخذ الصحابة سبايا فارس وهم مجوس

فلم يبلغنا انهم اجتنبوهن ، وهذا ظاهر فى إباحتهن لولا اتفاق أهل العلم على خلافه وقد أجيب عن حديث أبى سعيد بأجوبة ، منها انه يحتمل انهن أسلمن . كذلك روى عن احمد انه سأله محمد بن الحكم قال قلت لأبى عبد الله : هوازن أليس كانوا عبدة أوثان ؟ قال لا أدرى كانوا أسلموا أو لا ؟

وقال ابن عبد البر : إباحة وطئهن منسوخة بقوله تعالى ( ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن )

« مسأله » قال ( وليس للمسلم وان كان عبداً ان يتزوج أمة كتابية )

لأن الله تعالى قال ( من فتياتكم المؤمنات ) هذا ظاهر مذهب احمد رواه عنه جماعة . وهو قول الحسن والزهرى ومكحول ومالك والشافعى والثورى والأوزاعى والليث وإسحاق . وروى ذلك عن عمر وابن مسعود ومجاهد ، وقال ابو ميسرة وابو حنيفه : يجوز للمسلم نكاحها لأنها تحل بملك اليمين فحلت بالنكاح كالمسلمة .

ونقل ذلك عن احمد قال : لا بأس بتزويجها ، إلا ان الخلال رد هذه الرواية وقال : إنما توقف احمد فيها ولم ينفذ له قول ، ومذهبه انها لا تحل لقول الله تعالى ( فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ) فشرط فى إباحة نكاحهن الايمان ولم يوجد ، وتفارق المسلمة لأنه لا يؤدى الى استرقاق الكافر ولدها ، لأن الكافر لا يقر ملكه على مسلمة ، والكافرة تكون ملكا لكافر ويقر ملكه عليها وولدها مملوك لسيدها ، ولأنه عقد اعتوره نقصان ، نقص الكفر والملك ، فإذا اجتمعا منعا كالمجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر ، وعدم الكتاب لم يبح نكاحها ولا فرق بين الحر والعبد فى تحريم نكاحها لعموم ما ذكرنا من الدليل ، ولأن ما حرم على الحر تزويجه لاجل دينه حرم على العبد كالمجوسية

« مسأله » قال ( ولا لحر مسلم ان يتزوج أمة مسلمة إلا أن لا يجد طولا لحرة مسلمة ويخاف العنت )

الكلام فى هذه المسأله فى شيئين : أحدهما انه يحل له نكاح الامة المسلمة

اذا وجد فيه الشرطان ، عدم الطول وخوف العنت ، وهذاقول عامة العلماء لانعلم بينهم إختلافا فيه ، والاصل فيه قول الله سبحانه ( ومن لم يستطع منكم طولا ) الآيه ، والصبر عنها مع ذلك خير وأفضل، لقول الله تعالى (وأن تصبروا خيرلكم) والثانى اذا عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل نكاحها لحر ، روى ذلك عن جابر وابن عبـــاس ، وبه قال عطاء وطاوس والزهرى وعمرو بن دينار ومكحول ومالك والشافعى وإسحاق .

وقال مجاهد : مما وسع الله على هـذه الامة نكاح الأمة وان كان موسراً ، وبه قال أبو حنيفه : الا أن يكون تحته حرة ، لان القدرة على النكاح لا تمنع النكاح كما يمنعه وجود النكاح ، كنكاح الاخت والخامسه ، وقال قتادة والثورى إذا خاف العنت حل له نكاح الامه ، وان وجد الطول ، لان إباحتها لضرورة خوف العنت ، وقد وجدت فلا يندفع الا بنكاح الامه فأشبه عادم الطول

ولنا قول الله تعالى ( ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات — الى قوله — ذلك لمن خشى العنت منكم) فشرط فى نكاحها عدم استطاعه الطول ، فلم يجز مع الاستطاعه كالصوم فى كفارة الظهار مع عدم استطاعه الاعتاق ، ولان فى تزويج الامة ارقاق ولده مع الغنى عنه فلم يجز ، كما لو كان تحته حرة ، وقياسهم ليس بصحيح ، فإن نكاح الخامسه والاخت انما حرم لاجل الجمع وبالقدرة على الجمع لا يصير جامعا ، والعله ههنا هو الغنى عن ارقاق ولده . وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرة ، وأما من يجد الطول ويخاف العنت ، فإن كان ذلك لكونه لايجد الا حرة صغيرة أو غائبه أو مريضه لا يمكن وطؤها ، أو وجد مالا ولم يتزوج لقصور نسبه ، فله نكاح الامه لأنه عاجز عن حرة تعفه . وان كانت الحرة فى حباله غيره فله نكاح أمه ، نص عليه احمد فى الغائبه وهو ظاهر مذهب الشافعى

وقال بعضهم : لا يجوز لوجدان الطول

ولنا انه غير مستطيع الطول الى حرة تعفه فأشبه من لا يجد شيئا ، ألا ترى أن الله سبحانه جعل ابن السبيل الذى له اليسار فى بلده فقيراً لعدم قدرته عليه فى الحال ؟ فإن كانت له حرة يتمكن من وطئها والعفة بها فليس بخائف العنت

( فصل ) وإن قدر على تزوج كتابية تعفه لم يحل له نكاح الأمة ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وذكر وجها آخر أنه يجوز لقول الله تعالى ( ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات ) وهذا غير مستطيع لذلك

ولنا قول الله تعالى (ذلك لمن خشي العنت منكم) وهذا غير خائف له ؛ ولأنه قدر على صيانة ولده عن الرق ، فلم يجز له إرقاقه ، كما لو قدر على نكاح مؤمنة .

( فصل ) ومن كانت تحته حرة يمكنه أن يستعف بها لم يجز له نكاح أمة ، لا نعلم في هذا خلافا ، ولا فرق بين الكتابية والمسلمة في ذلك لما ذكرنا من قبل

( فصل ) فإن لم يجد طولا ، لكن وجد من يقرضه ذلك لم يلزمه ، لأن عليه ضررا في بقاء الدين في ذمته ولصاحبه مطالبته به في الحال ، وكذلك ان رضيت الحرة بتأخير صداقها أو تفويض بضعها ، لأن لها مطالبته بعوضه ، وكذلك إن بذل له باذل أن يزنه عنه أو يهبه إياه ، لم يلزمه قبوله لما عليه من ضرر المنة وله في ذلك كله نكاح الأمة ، وإن لم يجد من يزوجه إلا بأكثر من مهر المثل وكان قادراً عليه ولا يجحف به ، لم يكن له نكاح الأمة ، وقال أصحاب الشافعي له ذلك ، كما لو لم يجد الماء إلا بزيادة عن ثمن المثل فله التيمم

ولنا قول الله تعالى ( فمن لم يستطع منكم طولا ) وهذا مستطيع ، ولأنه قادر على نكاح حرة بما لا يضره فلم يجز له إرقاق ولده ، كما لو كان بمهر مثلها ، ولا نسلم ما ذكروه في التيمم ، ثم هذا مفارق للتيمم من وجهين :

أحدهما أن التيمم رخصة عامة . وهذا أبيح للضرورة ومع القدرة على الحرة لا ضرورة . والثاني أن التيمم يتكرر ، فإيجاب شرائه بزيادة على ثمن المثل يفضي إلى الإجحاف به ، وهذا لا يتكرر ، فلا ضرر فيه

( فصـــل ) وإن كان في يده مال فذكر أنه معسر وأن المال لغيره ، فالقول قوله لانه حكم بينه وبين الله تعالى فقبل قوله فيه ؛ كما لو ادعى مخافة العنت ، ومتى تزوج الامة ثم أقر أنه كان موسراً حال النكاح فرق بينهما ؛ لانه أقر بفساد نكاحه وهكذا ان أقر انه لم يكن يخشى العنت ، فإن كان قبل الدخول وصدقه السيد فلا مهر وإن كذبه فله نصف المسمى لانه يدعي صحة النكاح والاصل معه ، وإن كان

بعد الدخول فعليه المسمى جميعه ، الا أن يكون مهر المثل أكثر ، فعلى قول من أوجب مهر المثل فى النكاح الفاسد يلزمه مهر المثل لإقراره به ، فإن كان المسمى أكثر وجب والسيد أن لا يصدقه فيما قال ، فيكون له من المهر ما يجب فى النكاح الفاسد ، وهل ذلك المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين

، مسألة ، قال ( ومتى عقد عليها وفيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت ثم أيسر لم ينفسخ النكاح )

هذا ظاهر المذهب وهو مذهب الشافعى ، وفى المذهب وجه آخر أنه يفسد النكاح ، وهو قول المزنى ، لانه انما أبيح للحاجة ، فإذا زالت الحاجة لم يجز له استدامته كمن أبيح له أكل الميتة للضرورة ، فإذا وجد الحلال لم يستدمه .

ولنا أن فقد الطول أحد شرطى اباحة نكاح الامة فلم تعتبر استدامته كخوف العنت ، ويفارق أكل الميتة ، فإن أكلها بعد القدرة ابتداء للأكل ، وهذا لا يبتدى النكاح إنما يستديمه ، والاستدامة للنكاح تخالف ابتداءه ، بدليل أن العدة والردة وأمن العنت يمنعن ابتداءه دون استدامته .

( فصـــل )

وان تزوج على الامة حرة صح ، وفى بطلان نكاح الامة روايتان . احداهما لا يبطل ، وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والشافعى وأصحاب الرأى . وروى معنى ذلك عن على رضى الله عنه . والرواية الثانية ينفسخ نكاح الامة ، وهو قول ابن عباس ومسروق واسحاق والمزنى ، ووجه الروايتين ما تقدم فى المسألة .

وقال النخعى : ان كان له من الامة ولد لم يفارقها والا فارقها ، ولا يصح لان ما كان مبطلا للنكاح فى غير ذات الولد أبطله فى ذات الولد كسائر مبطلاته ، ولان ولده منها مملوك لسيدها ونفقته عليه ، وقد استدل على بقاء النكاح بما روى عن على رضى الله عنه أنه قال : اذا تزوج الحرة على الامة قسم للحرة ليلتين وللأمة ليلة ، فإنه لو بطل بنكاح الحرة لبطل بالقدرة عليه ، فإن القـــدرة على المبدل كاستعماله ، بدليل الماء مع التراب

، مسألة ، قال ( وله أن ينكح من الإماء أربعا اذا كان الشرطان فيه قائمين )

اختلفت الرواية عن أحمد فى اباحة أكثر من أمة اذا لم تعفه ، فعنه أنه قال : اذا خشى العنت تزوج أربعا اذا لم يصبر كيف يصنع؟ وهذا قول الزهرى والحارث العكلى ومالك وأصحاب الرأى

والرواية الثانية قال أحمد : لا يعجبنى أن يتزوج الا أمة واحدة ، يذهب الى حديث ابن عباس ، وهو ما روى عن ابن عباس « أن الحر لا يتزوج من الاماء الا واحدة وقرأ (ذلك لمن خشى العنت منكم) وبه قال قتادة والشافعى وابن المنذر لان من له زوجة يمكنه وطؤها لا يخشى العنت . ووجه الاولى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا ) الآية ، وهذا داخل فى عمومها ، ولانه عادم للطول خائف للعنت فجاز له نكاح أمة كالاولى

وقولهم « لا يخشى العنت » قلنا الكلام فيمن يخشاه ولا نبيحه الا له ، وقول ابن عباس يحمل على من لم يخش العنت ، فكذلك الرواية الاخرى عن احمد ، وان تزوج حرة فلم تعفه . فذكر فيها أبو الخطاب روايتين مثل نكاح الامة فى حق من تحته أمة لم تعفه لما ذكرنا ، وان كانت الحرة تعفه فلا خلاف فى تحريم نكاح الامة . وان نكح أمة تعفه لم يكن له أن ينكح أخرى، فإن نكحها فنكاحها باطل لأنه يبطل فى احداهما ، وليست احداهما بأولى من الاخرى ، فبطل كما لو جمع بين أختين .

( فصل ) وللعبد أن ينكح الأمة وان فقد فيه الشرطان لأنه مساو لها فلم يعتبر فيه هـــذان الشرطان كالحر مع الحرة ، وله نكاح أمتين معا وواحدة بعد واحدة لأن خشية العنت غير مشروطة فيه ، وان تزوج حرة وقلنا ليست الحرية شرطا فى نكاح الحرة فهل له أن ينكح أمة ؟ فيه روايتان : احداهما له ذلك ، وهو قول مالك والشافعى لأنها مساوية له فلم يشترط لصحة نكاحها عدم الحر كالحر مع الحرة ، ولأنه لو اشترط عدم الحرة لاشترط عدم القدرة عليها ، كما فى حق الحرة ( والثانية ) لا يجوز ، وهو قول الشافعى وأصحاب الرأى ، لانه يروى عن سعيد بن المسيب أنه قال : تنكح الحرة على الامة ولا تنكح الامة على الحرة ولانه مالك لبضع حرة فلم يكن له أن يتزوج أمة كالحر، وان عقد النكاح عليهما جميعا صح فيهما لان كل واحدة يجوز افرادها بالعقد ، فجاز بالجمع بينهما كالامتين

( فصل ) وإذا زنت المرأة لم يحل لمن يعلم ذلك نكاحها إلا بشرطين .

أحدهما : انقضاء عدتها فإن حملت من الزنا فقضاء عدتها بوضعه ولا يحل نكاحها قبل وضعه ، وبهذا قال مالك وأبو يوسف وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ، وفي الأخرى قال يحل نكاحها ويصح ، وهو مذهب الشافعي : لأنه وطء لا يلحق به النسب فلم يحرم النكاح كما لو لم تحمل .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسق ماءه زرع غيره » يعني وطء الحوامل ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا توطأ حامل حتى تضع » صحيح وهو عام ، وروى عن سعيد بن المسيب « أن رجلا تزوج امرأة فلما أصابها وجدها حبلى فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما وجعل لها الصداق وجلدها مائة » رواه سعيد . و « رأى النبي صلى الله عليه وسلم امرأة مجحاً [1] على باب فسطاط فقال : لعله يريد أن يلم بها ؟ قالوا نعم ، قال لقد هممت أن ألعنه لعنا يدخل معه قبره . كيف يستخدمه وهو لا يحل له ؟ أم كيف يورثه وهو لا يحل له ؟ » أخرجه مسلم ، ولأنها حامل من غيره فحرم عليه نكاحها كسائر الحوامل .

وإذا ثبت هذا لزمتها العدة وحرم عليها النكاح فيها لأنها في الأصل لمعرفة براءة الرحم . ولأنها قبل العدة يحتمل أن تكون حاملا فيكون نكاحها باطلا فلم يصح كالموطوءة بشبهة ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا عدة عليها لأنه وطء لا تصير به المرأة فراشا فأشبه وطء الصغير .

ولنا ما ذكرناه لأنه إذا لم يصح نكاح الحامل فغيرها أولى لأن وطء الحامل لا يفضي إلى اشتباه النسب ، ويحتمل أن يكون ولدها من الأول ويحتمل أن يكون من الثاني فيفضي إلى اشتباه الانساب فكان بالتحريم أولى ، ولانه وطء في القبل فأوجب العدة كوطء الشبهة ولا نسلم وطء الصغير الذي يمكن منه الوطء ، والشرط الثاني أن تتوب من الزنا . قاله قتادة وإسحاق وأبو عبيد ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا يشترط ذلك لما روى أن عمر ضرب رجلا وامرأة في الزنا

---

(١) بجيم ثم حاء مهملة هي الحامل قريبة الولادة .

وحرص أن يجمع بينهما فأبى الرجل ، وروى أن رجلا سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال « يجوز ، أرأيت لو سرق من كرم ثم ابتاعه أكان يجوز ؟ » .

ولنا قول الله تعالى ( الزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك - إلى قوله - وحرم ذلك على المؤمنين ) وهي قبل التوبة في حكم الزنا فإذا تابت زال ذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » وقوله « التوبة تمحو الحوبة » وروى « أن مرثداً دخل مكة فرأى امرأة فاجرة يقال لها عناق فدعته إلى نفسها فلم يجبها ، فلما قدم المدينة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أنكح عناقا ؟ فلم يجبه فأنزل الله تعالى ( الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك ) فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فتلا عليه الآية وقال : لا تنكحها ، ولأنها إذا كانت مقيمة على الزنا لم يأمن أن تلحق به ولد غيره وتفسد فراشه ، فأما حديث عمر فالظاهر أنه استتابها وحديث ابن عباس ليس فيه بيان ولا تعرض له لمحل النزاع .

إذا ثبت هذا فإن عدة الزانية كعدة المطلقة لانه استبراء لحرة فأشبه عدة الموطوءة بشبهة ؛ وحكى ابن أبي موسى أنها تستبرأ بحيضة لانه ليس من نكاح ولا شبهة نكاح فأشبه استبراء أم الولد اذا عتقت .

وأما التوبة فهي الاستغفار والندم والاقلاع عن الذنب كالتوبة من سائر الذنوب ، وروى عن ابن عمر أنه قيل له « كيف تعرف توبتها ؟ قال يريدها على ذلك فإن طاوعته فلم تتب ، وان أبت فقد تابت » فصار أحمد الى قول ابن عمر اتباعا له ، والصحيح الأول فإنه لا ينبغي لمسلم أن يدعو امرأة الى الزنا ويطلبه منها ولأن طلبه ذلك منها انما يكون في خلوة ولا تحل الخلوة بأجنبية ولو كان في تعليمها القرآن فكيف يحل في مراودتها على الزنا ؟ ثم لا يأمن ان أجابته الى ذلك أن تعود الى المعصية فلا يحل التعرض لمثل هذا ؛ ولان التوبة من سائر الذنوب وفي حق سائر الناس وبالنسبة الى سائر الاحكام على غير هذا الوجه فكذلك يكون هذا .

( فصل ) واذا وجد الشرطان حل نكاحها للزاني وغيره في قول أكثر أهل العلم منهم أبو بكر وعمر وابنه وابن عباس وجابر بن زيد وعطاء والحسن وعكرمة

والزهرى والثورى والشافعى وابن المنذر وأصحاب الرأى ، وروى عن ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة أنها لا تحل للزانى بحال قالوا لا يزالان زانيين ما اجتمعا لعموم الآية والخبر ، ويحتمل أنهم أرادوا بذلك ما كان قبل التوبة أو قبل استبرائها فيكون كقولنا ، فأما تحريمها على الإطلاق فلا يصح لقول الله تعالى ( وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم ) ولأنها محللة لغير الزانى فحلت له كغيرها .

## فصــــل

وإن زنت امرأة رجل أو زنى زوجها لم ينفسخ النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده فى قول عامة أهل العلم وبذلك قال مجاهد وعطاء والنخعى والثورى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى ، وعن جابر بن عبد الله أن المرأة إذا زنت يفرق بينهما وليس لها شيء ، وكذلك روى عن الحسن وعن على رضى الله عنه أنه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل الدخول بها واحتج لهم بأنه لو قذفها ولاعنها بانت منه لتحقيقه الزنا عليها فدل على أن الزنا يبينها .

ولنا أن دعواه الزنا عليها لا يبينها ولو كان النكاح ينفسخ به لانفسخ بمجرد دعواه كالرضاع ، ولأنها معصية لا تخرج عن الإسلام فأشبهت السرقة ، فأما اللعان فإنه يقتضى الفسخ بدون الزنا بدليل أنها إذا لاعنته فقد قابلته فلم يثبت زناها ولذلك أوجب النبى صلى الله عليه وسلم الحد على من قذفها والفسخ واقع ولكن أحمد استحب للرجل مفارقة امرأته إذا زنت وقال : لا أرى أن يمسك مثل هذه وذلك أنه لا يؤمن أن تفسد فراشه وتلحق به ولداً ليس منه .

قال ابن المنذر لعل من كره هذه المرأة إنما كرهها على غير وجه التحريم فيكون مثل قول أحمد هذا ، قال أحمد ولا يطؤها حتى يستبرئها بثلاث حيض ، وذلك لما روى رويفع بن ثابت قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يوم حنين « لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر يسقى ماءه زرع غيره » يعنى اتيان الحبالى ، ولأنها ربما تأتى بولد من الزنا فينسب اليه والأولى أنه يكفى استبراؤها بالحيضة الواحدة لأنها تكفى فى استبراء الإماء وفى أم الولد إذا عتقت بموت سيدها أو بإعتاق سيدها فيكفى ههنا والمنصوص ههنا مجرد الاستبراء وقد حصل بحيضة فيكتفى بها .

## فصل

واذا علم الرجل من جاريته الفجور فقال أحمد : لا يطؤها لعلها تلحق به ولداً ليس منه ، قال ابن مسعود أكره أن أطأ أمتي وقد بغت ، وروى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان ينهى أن يطأ الرجل أمته وفي بطنها ولد جنين لغيره ، قال ابن عبد البر : هذا مجمع على تحريمه ، وكان ابن عباس يرخص في وطء الأمة الفاجرة : وروى ذلك عن سعيد بن المسيب ، ولعل من كره ذلك كرهه قبل الاستبراء أو اذا لم يحصنها أو يمنعها من الفجور ومن أباحه بعدها فيكون القولان متفقين والله أعلم .

« مسألة » قال ( ومن خطب امرأة فلم تسكن اليه فلغيره خطبتها )

الخطبة - بالكسر - خطبة الرجل المرأة لينكحها ، والخطبة - بالضم - هي حمد الله والتشهد ولا يخلو حال المخطوبة من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن تسكن الى الخاطب لها فتجيبه أو تأذن لوليها في اجابته أو تزويجه فهذه يحرم على غير خاطبها خطبتها ، لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه» وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » متفق عليهما ، ولأن في ذلك افساداً على الخاطب الأول وايقاع العداوة بين الناس ولذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الرجل على بيع أخيه ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم الا أن قوما حملوا النهي على الكراهة والظاهر أولى .

القسم الثاني : أن ترده أو لا تركن اليه فهذه يجوز خطبتها ، لما روت فاطمة بنت قيس « أنها أتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أما معاوية فصعلوك لا مال له وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه انكحي اسامة بن زيد » متفق عليه . فخطبها النبي صلى الله عليه وسلم بعد اخبارها اياه بخطبة معاوية وأبي جهم لها ، ولأن تحريم خطبتها على هذا الوجه اضرار بها فانه لا يشاء أحد أن يمنع المرأة النكاح الا منعها بخطبته اياها وكذلك لو عرض لها في عدتها بالخطبة فقال لا تفوتيني بنفسك

وأشباه هذا لم تحرم خطبتها لان فى قصة فاطمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها « لا تفوتينا بنفسك » ولم ينكر خطبة أبي جهم ومعاوية لها .

وذكر ابن عبدالبر أن ابن وهب روى باسناده عن الحارث بن سعد بن أبي ديان « أن عمر بن الخطاب خطب امرأة على جرير بن عبد الله وعلى مروان بن الحكم وعلى عبد الله بن عمر ، فدخل على المرأة وهى جالسة فى بيتها فقال عمر ان جرير ابن عبد الله يخطب وهو سيد أهل المشرق ، ومروان يخطب وهو سيد شباب قريش ، وعبد الله بن عمر وهو من قد علمتم ، وعمر بن الخطاب ، فكشفت المرأة الستر فقالت : اجاد امير المؤمنين ؟ فقال : نعم ، فقالت فقد انكحت امير المؤمنين فأنكحوه » فهذا عمر قد خطب على واحد بعد واحد قبل ان يعلم ما تقول المرأة فى الأول .

القسم الثالث . ان يوجد من المرأة ما يدل على الرضى والسكون تعريضاً لا تصريحا كقولها ما انت الا رضى وما عنك رغبة ، فهذه فى حكم القسم الاول لا يحل لغيره خطبتها ، هذا ظاهر كلام الخرقى وظاهر كلام احمد فانه قال اذا ركن بعضهم الى بعض فلا يحل لاحد ان يخطب والركون يستدل عليه بالتعريض تارة وبالتصريح اخرى ، وقال القاضى ظاهر كلام احمد اباحة خطبتها وهو مذهب الشافعي فى الجديد لحديث فاطمة حيث خطبها النبي صلى الله عليه وسلم وزعموا ان الظاهر من كلامها ركونها الى احدهما واستدل القاضى بخطبته لها قبل سؤالها هل وجد منها مادل على الرضى أو لا ؟

ولنا عموم قوله عليه السلام « لا يخطب احدكم على خطبة اخيه » ولانه وجد منها مادل على الرضى به وسكونها اليه فحرمت خطبتها كما لو صرحت بذلك ، وأما حديث فاطمة فلا حجة لهم فيه فان فيه ما يدل على انها لم تركن الى واحد منهما من وجهين .

احدهما : أن النبى صلى الله عليه وسلم قد كان قال لها « لا تسبقيني بنفسك - وفى لفظ - لا تفوتيني بنفسك - وفى رواية - اذا حللت فآذنيني » فلم تكن لتفتات بالإجابة قبل ان تؤذن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

والثانى : أنها ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم كالمستشيرة له فيهما أو فى العدول عنهما الى غيرهما وليس فى الاستشارة دليل على ترجيح أحد الأمرين ولا ميل الى أحدهما على أنها إنما ذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم لترجع الى قوله ورأيه وقد أشار عليها بتركهما لما ذكرنا من عيبهما فجرى ذلك مجرى ردها لهما وتصريحها بمنعهما ، ومن وجه آخر : أن النبي صلى الله عليه وسلم قد سبقهما بخطبتها تعريضاً بقوله لها ما ذكرنا فكانت خطبته بعدها مبنية على الخطبة السابقة لها بخلاف ما نحن فيه .

( فصـــل )

والتعويل فى الرد والاجابة على الولى ان كانت مجبرة وعليها ان لم تكن مجبرة لأنها أحق بنفسها من وليها ولو أجاب هو ورغبت عن النكاح كان الامر أمرها وان أجاب وليها فرضيت فهو كاجابتها وان سخطت فلا حكم لاجابته لأن الحق لها . ولو أجاب الولى فى حق المجبرة فكرهت المجاب واختارت غيره سقط حكم إجابة وليها لكون اختيارها مقدما على اختياره ، وان كرهته ولم تجز سواه فينبغى أن يسقط حكم الاجابة أيضا لأنه قد أمر باستئمارها فلا ينبغى له أن يكرهها على مالا ترضاه ، وان أجابته ثم رجعت عن الاجابة وسخطته زال حكم الاجابة لأن لها الرجوع ، وكذلك إذا رجع الولى المجبر عن الاجابة زال حكمها لأن له النظر فى أمر موليته مالم يقع العقد ، وان لم ترجع هى ولا وليها ولكن ترك الخاطب الخطبة أو أذن فيها جازت خطبتها لما روى فى حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يأذن له أو يترك » رواه البخارى .

( فصل ) وخطبة الرجل على خطبة أخيه فى موضع النهى محرمة ، قال أحمد لا يحل لأحد أن يخطب فى هذه الحال ، وقال أبو جعفر العكبرى هى مكروهة غير محرمة . وهذا نهى تاديب لا تحريم

ولنا ظاهر النهى فان مقتضاه التحريم ولأنه نهى عن الاضرار بالآدمى المعصوم فكان على التحريم كالنهى عن أكل ماله وسفك دمه فان فعل فنكاحه صحيح نص عليه أحمد فقال لا يفرق بينهما ، وهو مذهب الشافعى .

وروى عن مالك وداود أنه لا يصح وهو قياس قول أبي بكر لأنه قال في البيع على بيع أخيه هو باطل وهذا في معناه ووجهه أنه نكاح منهى عنه فكان باطلا كنكاح الشغار.

ولنا أن المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر فيه كما لو صرح بالخطبة في العدة.

( فصل ) ولا يكره للولي الرجوع عن الاجابة إذا رأى المصلحة لها في ذلك لأن الحق لها وهو نائب عنها في النظر لها فلا يكره له الرجوع الذي رأى المصلحة فيه كما لو ساوم في بيع دارها ثم تبين له المصلحة في تركها ولا يكره لها أيضا الرجوع اذا كرهت الخاطب لأنه عقد عمري يدوم الضرر فيه فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حظها وان رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من اخلاف الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم لأن الحق بعد لم يلزمهما كمن سام سلعته ثم بدا له ألا يبيعها.

( فصل ) فإن كان الخاطب الاول ذميا لم تحرم الخطبة على خطبته نص عليه أحمد فقال: لايخطب على خطبة أخيه ولا يساوم على سوم أخيه انما هو للمسلمين ولو خطب على خطبة يهودى أو نصرانى أو استام على سومهم لم يكن داخلا في ذلك لانهم ليسوا باخوة المسلمين، وقال ابن عبد البر: لا يجوز أيضا لأن هذا خرج مخرج الغالب لا لتخصيص المسلم به.

ولنا أن لفظ النهى خاص في المسلمين وإلحاق غيره به انما يصح اذا كان مثله وليس الذمى كالمسلم ولا حرمته كحرمته، ولذلك لم تجب اجابتهم في دعوة الوليمة ونحوها، وقوله خرج مخرج الغالب، قلنا متى كان في المخصوص بالذكر معنى يصح أن يعتبر في الحكم لم يجز حذفه ولا تعدية الحكم بدونه؛ وللاخوة الاسلامية تأثير في وجوب الاحترام وزيادة الاحتياط في رعاية حقوقه وحفظ قلبه واستبقاء مودته فلا يجوز خلاف ذلك. والله أعلم.

مسألة، قال ( ولو عرض لها وهي في العدة بأن يقول: انى في مثلك لراغب وإن قضى شيء كان، وما اشبهه من الكلام مما يدلها على رغبته فيها فلا بأس اذا لم يصرح )

وجملة ذلك أن المعتدات على ثلاثة أضرب : معتدة من وفاة أو طلاق ثلاث ، أو فسخ لتحريمها على زوجها كالفسخ برضاع أو لعان ونحوه مما لا تحل بعده لزوجها فهذه يجوز التعريض بخطبتها فى عدتها لقول الله تعالى ( ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ) ولما روت فاطمة بنت قيس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها لما طلقها زوجها ثلاثا « إذا حللت فآذنيني - وفى لفظ - لا تسبقيني بنفسك - وفى لفظ - لا تفوتينا بنفسك » وهذا تعريض بخطبتها فى عدتها ولا يجوز التصريح لأن الله تعالى لما خص التعريض بالاباحة دل على تحريم التصريح ولأن التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن أن يحملها الحرص عليه على الاخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها والتعريض بخلافه .

القسم الثاني : الرجعية فلا يحل لأحد التعريض بخطبتها ولا التصريح لأنها فى حكم الزوجات فهى كالتي فى صلب نكاحه .

القسم الثالث : بائن يحل لزوجها نكاحها كالمختلعة والبائن بفسخ لغيبة أو إعسار ونحوه فلزوجها التصريح بخطبتها والتعريض لأنها مباحة له نكاحها فى عدتها فهى كغير المعتدة وهل يجوز لغيره التعريض بخطبتها ؟ فيه وجهان وللشافعي فيه أيضا قولان .

أحدهما : يجوز لعموم الآية ولأنها بائن فأشبهت المطلقة ثلاثا .

والثاني : لا يجوز لأن الزوج يملك أن يستبيحها فهى كالرجعية ، والمرأة فى الجواب كالرجل فى الخطبة فيما يحل ويحرم لأن الخطبة للعقد فلا يختلفان فى حله وحرمته . إذا ثبت هذا فالتعريض أن يقول انى فى مثلك لراغب ورب راغب فيك وقال القاسم بن محمد : التعريض أن يقول انك على لكريمة وانى فيك لراغب وان الله لسائق إليك خيراً أو رزقا .

قال الزهرى أنت جميلة وأنت مرغوب فيك ، وان قال لا تسبقينا بنفسك أو لا تفوتينا بنفسك أو إذا حللت فآذنيني ونحو ذلك جاز ، قال مجاهد : مات رجل وكانت إمرأته تتبع الجنازة فقال رجل لا تسبقينا بنفسك فقالت سبقك غيرك ، وتجيبه المرأة ان قضى شيء كان وما نرغب عنك وما أشبهه ، والتصريح هو اللفظ الذي لا يحتمل غير النكاح نحو أن يقول : زوجيني نفسك أو إذا انقضت عدتك تزوجتك ،

ويحتمل أن هذا معنى قوله تعالى ( لا تواعدوهن سراً . فإن النكاح يسمى سراً
قال الشاعر :

فلن تطلبوا سرها للغنى ولن تسلموها لأزهادها

وقال الشافعي : السر الجماع ، وأنشد لامرىء القيس

ألا زعمت بسباسة القوم أنني كبرت وأن لا يحسن السر أمثالي

ومواعدة السر أن يقول عندي جماع يرضيك ونحوه ، وكذلك إن قال رب جماع يرضيك ، فنهى عنه لما فيه من الهجر والفحش والدناءة والسخف .

( فصل ) فإن صرح بالخطبة أو عرض في موضع يحرم التعريض ثم تزوجها بعد حلها صح نكاحه . وقال مالك : يطلقها تطليقة ثم يتزوجها وهذا غير صحيح لأن هذا المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر فيه كما في النكاح الثاني أو كما لو رآها متجردة ثم تزوجها .

( فصل ) ويحرم على العبد نكاح سيدته ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن نكاح المرأة عبدها باطل ، وروى الأثرم بإسناده عن أبي الزبير قال : سألت جابراً عن العبد ينكح سيدته فقال جاءت امرأة الى عمر بن الخطاب ونحن بالجابية وقد نكحت عبدها فانتهرها عمر وهم أن يرجمها وقال لا يحل لك ، ولأن أحكام النكاح مع أحكام الملك يتنافيان فإن كل واحد منهما يقتضي أن يكون الآخر بحكمه يسافر بسفره ويقيم بإقامته وينفق عليه فيتنافيان .

فصل ) وليس للسيد أن يتزوج أمته ؛ لأن ملك الرقبة يفيد ملك المنفعة وإباحة البضع فلا يجتمع معه عقد أضعف منه ولو ملك زوجته وهي أمة انفسخ نكاحها وكذلك لو ملكت المرأة زوجها انفسخ نكاحها ولا نعلم في هذا خلافاً ولا يجوز أن يتزوج أمة له فيها ملك ولا يتزوج مكاتبته لأنها مملوكته .

( فصل ) ولا يجوز للحر أن يتزوج امة ابنه لأن له فيها شبهة ، وهذا قول أهل الحجاز ، وقال اهل العراق له ذلك لأنها ليست مملوكة له ولا تعتق بإعتاقه لها ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « انت ومالك لأبيك » ولانه لو ملك جزءاً من أمة لم يصح نكاحه لها فما هي مضافة اليه بجملتها شرعا أولى بالتحريم ، وكذلك

لا يجوز للعبد نكاح أم سيده أو سيدته مع ما ذكرنا من الخلاف ويجوز للعبد أن يتزوج أمة ابنه لأن الرق يقطع ولايته عن أبيه وماله ولهذا لا يلي ماله ولا نكاحه ولا يرث أحدهما صاحبه فهو كالأجنبي منه .

( فصــل ) وللابن نكاح أمة أبيه لأنه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فأشبه الأجنبي ، وكذلك سائر القرابات ويجوز أن يزوج الرجل ابنته المملوكة إذا قلنا ليست الحرية شرطا فى الصحة ، ومتى مات الأب فورث أحد الزوجين صاحبه أو جزءاً منه انفسخ النكاح وكذلك ان ملكه أو جزءاً منه بغير الارث ، لا نعلم فيه خلافا إلا أن الحسن قال إذا اشترى امرأته للعتق فأعتقها حين ملكها فهما على نكاحهما ولا يصح لأنهما متنافيان فلا يجتمعان قليلا ولا كثيراً فبمجرد الملك لها انفسخ نكاحه سابقا على عتقها ، وحكم المكاتب يتزوج بنت سيده أو سيدته حكم العبد فى أنه إذا مات سيده انفسخ نكاحه .

وقال أصحاب الرأى : النكاح بحاله لأنها لا تملكه انما لها عليه دين وليس بصحيح فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » ولأنه لو زال الملك عنه لما عاد بعجزه كما لو أعتق

( فصــل )

واذا ملكت المرأة زوجها أو بعضه فانفسخ نكاحها فليس ذلك بطلاق فان أعتقته ثم تزوجها لم تحتسب عليه بتطليقة ، وبهذا قال الحكم وحماد ومالك والشافعى وابن المنذر واسحاق .

وقال الحسن والزهرى وقتادة والأوزاعى هى تطليقة ، وليس بصحيح لأنه لم يلفظ بطلاق صريح ولا كناية وانما انفسخ النكاح بوجود ما ينافيه فأشبه انفساخه بإسلام أحدهما أو ردته ، ولو ملك الرجل بعض زوجته انفسخ نكاحها وحرم وطؤها فى قول عامة المفتين حتى يستخلصها فتحل له بملك اليمين ، روى عن قتادة أنه قال لم يزده ملكه فيها الا قربا ، وليس بصحيح لأن النكاح لا يبقى فى بعضها وملكه لم يتم عليها ولا يثبت الحل فيما لا يملكه ولا نكاح فيه .

( فصل ) ولا يجوز للرجل وطء جارية ابنه لأن الله تعالى قال (الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم) وليست هذه زوجة له ولا مملوكته ولانه يحل لابنه

وطئها ولا تحل المرأة لرجلين فإن وطئها فلا حد عليه ، نص عليه أحمد ، وقال داود: يحد . وقال بعض الشافعية : ان كان ابنه وطئها حد لأنها محرمة عليه على التأبيد.

ولنا أن له فيها شبهة ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » والحد يدرأ بالشبهات ، ولأن الأب لا يقتل بقتل ابنه والقصاص حق آدمي ؛ فإذا سقط بشبهة الملك فالحد الذي هو حق الله تعالى بطريق الاولى ، ولانه لا يقطع بسرقة ماله ولا يحد بقذفه فكذلك لا يحد بالزنا بجاريته ، فإذا ثبت هذا فإنها تحرم على الابن على التأبيد ، وان كان الابن قد وطئها حرمت عليهما على التأبيد ؛ وإذا لم تعلق من الاب لم يزل ملك الابن عنها ولم يلزمه قيمتها .

وقال أبو حنيفة يلزمه ضمانها لانه أتلفها عليه وحرمه وطأها فأشبه مالو قبلها

ولنا أنه لم يخرجها عن ملكه ولم تنقص قيمتها فأشبه مالو أرضعها امرأته فإنها تحرم على الابن ولا يجب له ضمانها وان علقت منه فالولد حر يلحق به النسب لانه من وطء لا يجب به الحد لاجل الشبهة ، فأشبه ولد الجارية المشتركة وتصير الجارية أم ولد للأب

وقال الشافعي في أحد قوليه : لا تصير أم ولد لانها غير مملوكة له فأشبه مالو وطيء جارية أجنبي بشبهة .

ولنا أنها علقت منه بحر لاجل الملك فأشبهت الجاريه المشتركة إذا كان موسراً ، قال أصحابنا : ولا يلزم الاب قيمة الجارية ولا قيمة ولدها ولا مهرها ، وقال الشافعي يلزمه ذلك كله إذا حكم بأنها أم ولد ، وهذا يبنى على أصل وهو أن للاب أن يتملك من مال ولده ماشاء وأنه ليس للابن مطالبة أبيه بدين له عليه ولا قيمة متلف وعندهم بخلاف ذلك ، وهذا يذكر في موضع آخر إن شاء الله تعالى

( فصـــل )

وإن وطيء الابن جارية أبيه عالما بتحريم ذلك فعليه الحد ولا يلحقه النسب ولا تصير به الجارية أم ولد لانه لا ملك له ولا شبهة ملك فأشبه وطء الأجنبية وكذلك سائر الاقارب .

( فصل ) وإن وطيء الاب وابنه جارية الابن في طهر واحد فأتت بولد

أرى القافة فألحق بمن ألحقته به منهما وصارت أم ولد له ، كما لو انفرد بوطئها ، فإن ألحقته بهما لحق بهما ، وإن أولدها أحدهما بعد الآخر فهى أم ولد للأول منهما خاصة لأنها بولادتها منه صارت له أم ولد لانفراده بإيلادها فلا تنقل بعد ذلك إلى غيره ، لأن أم الولد لا ينتقل الملك فيها الى غير مالكها

وقد نقل عن احمد فى رجل وقع على جارية ابنه ، فإن كان الأب قابضا لها ولم يكن الابن وطئها فأحبلها الأب فالولد ولده والجارية له وليس للابن فيها شىء ، قال القاضى : ظاهر هذا أن الابن إن كان وطئها لم تصر أم ولد للأب لأنه يحرم عليه وطؤها وأخذها فتكون قد علقت بمملوك ، وإن كان الأب قبضها ولم يكن الابن وطئها ملكها ، لأن للأب أن يأخذ من مال ولده ما زاد على قدر نفقته ولم تتعلق به حاجته فيتملكه .

# باب نكاح أهل الشرك

أنكحة الكفار صحيحة يقرون عليها إذا أسلموا أو تحاكموا إلينا إذا كانت المرأة ممن يجوز ابتداء نكاحها فى الحال ، ولا ينظر صفة عقدهم وكيفيته ولا يعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولى والشهود وصيغة الايجاب والقبول وأشباه ذلك بلا خلاف بين المسلمين

قال ابن عبد البر : أجمع العلماء على ان الزوجين إذا أسلما معا فى حال واحدة أن لهما المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب ولا رضاع ، وقد أسلم خلق فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأسلم نساؤهم وأقروا على أنكحتهم ولم يسألهم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شروط النكاح ولا كيفيته : وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة فكان يقينا ، ولكن ينظر فى الحال فإذا كانت المرأة على صفة يجوز له ابتداء نكاحها أقر .

وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كأحد المحرمات بالنسب أو السبب أو المعتدة والمرتدة والوثنية والمجوسية والمطلقة ثلاثا لم يقر ، وان تزوجها فى العدة وأسلما بعد انقضائها أقر لأنها يجوز ابتداء نكاحها

« مسألة » قال ابو القاسم رحمه الله تعالى ( واذا أسلم الوثنى وقد تزوج بأربع وثنيات ولم يدخل بهن بن منه وكان لكل واحدة نصف ماسمى لها إن كان حلالا أو نصف صداق مثلها إن كان ما سمى لها حراما ، ولو أسلم النساء قبله وقبل الدخول بن منه أيضا ولا شيء عليه لواحدة منهن ، فإن كان اسلامه وإسلامهن قبل الدخول معا فهن زوجات ، فإن كان دخل بهن ثم أسلم فمن لم تسلم منهن قبل انقضاء عدتها حرمت عليه منذ اختلف الدينان )

فى هذه المسألة فصول خمسة . أحدها : انه اذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو كتابى يتزوج بوثنية أو بجوسيه قبل الدخول تعجلت الفرقة بينهما من حين إسلامه ويكون ذلك فسخا لاطلاقا ، وبهذا قال الشافعي . وقال ابو حنيفة لا تتعجل الفرقة ، بل ان كانا فى دار الاسلام عرض الاسلام على الاخر : فإن أبى وقعت الفرقة حينئذ ، وإن كانا فى دار الحرب وقف ذلك على انقضاء عدتها فإن لم يسلم الاخر وقعت الفرقة فإن كان الاباء من الزوج كان طلاقا لان الفرقة حصلت من قبله فكان طلاقا كما لو لفظ به . وان كان من المرأة كان فسخا لان المرأة لا تملك الطلاق . وقال مالك: أن كانت هى المسلمة عرض عليه الاسلام فان أسلم وإلا وقعت الفرقة ، وان كان هو المسلم تعجلت الفرقة لقوله سبحانه ( ولا تمسكوا بعصم الكوافر )

ولنا انه إختلاف دين يمنع الاقرار على النكاح ، فاذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة كالردة على ملك كاسلام الزوج أو كما لو أبى الاخر الاسلام ؛ ولأنه ان كان هو المسلم فليس له إمساك كافرة لقوله تعالى ( ولا تمسكوا بعصم الكوافر ) وإن كانت هى المسلمه فلا يجوز إبقاؤها على نكاح مشرك

ولنا على انها فرقة فسخ أنها فرقة باختلاف الدين فكان فسخا ، كما لو أسلم الزوج وأبت المرأة ، ولانها فرقة بغير لفظ فكانت فسخا كفرقة الرضاع

الفصل الثانى : أن الفرقه إذا حصلت قبل الدخول باسلام الزوج فللمرأة نصف المسمى ان كانت التسميه صحيحه ، أو نصف مهر مثلها ان كانت فاسدة مثل

أن يصدقها خمراً أو خنزيراً لأن الفرقة حصلت بفعله ، وإن كانت بإسلام المرأة فلا شيء لها لأن الفرقة من جهتها ، وبهذا قال الحسن ومالك والزهرى والاوزاعى وابن شبرمة والشافعى .

وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف المهر إذا كانت هى المسلمة ، واختارها أبو بكر ، وبه قال قتادة والثورى ، ويقتضيه قول أبى حنيفة لأن الفرقة حصلت من قبله بإبائه الاسلام وامتناعه منه وهى فعلت مافرض الله عليها فكان لها نصف ما فرض الله لها ؛ كما لو علق طلاقها على الصلاة فصلت

ونقل عن أحمد فى مجوسى أسلم قبل أن يدخل بامرأته لا شيء لها من الصداق ووجه ما ذكرناه ، ووجه الاول ان الفرقة حصلت باختلاف الدين ، واختلاف الدين حصل بإسلامها فكانت الفرقة حاصلة بفعلها ، فلم يجب لها شيء كما لو ارتدت ويفارق تعليق الطلاق فإنه من جهة الزوج ، ولهذا لو علقه على دخول الدار فدخلت وقعت الفرقة ولها نصف المهر

الفصل الثالث : أن الزوجين إذا أسلما معا فهما على النكاح ، سواء كان قبل الدخول أو بعده ، وليس بين أهل العلم فى هذا اختلاف بحمد الله . ذكر ابن عبد البر أنه إجماع من أهل العلم . وذلك لأنه لم يوجد منهم اختلاف دين . وقد روى أبو داود عن ابن عباس ان رجلا جاء مسلما على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم جاءت امرأته مسلمة بعده ، فقال : يارسول الله إنها كانت أسلمت معى ؛ فردها عليه ، ويعتبر تلفظهما بالاسلام دفعة واحدة لئلا يسبق أحدهما صاحبه فيفسد النكاح ، ويحتمل أن يقف على المجلس كالقبض ونحوه ، فإن حكم المجلس كله حكم حالة العقد ، ولأنه يبعد اتفاقهما على النطق بكلمة الاسلام دفعة واحدة ، فلو اعتبر ذلك لوقعت الفرقة بين كل مسلمين قبل الدخول إلا فى الشاذ النادر فيبطل الاجماع

الفصل الرابع : أنه اذا كان اسلام أحدهما بعد الدخول ففيه عن احمد روايتان إحداهما يقف على انقضاء العدة ، فان أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح وإن لم يسلم حتى انقضت العدة وقعت الفرقة منذ اختلف الدينان فلا يحتاج الى استئناف العدة ، وهذا قول الزهرى والليث والحسن بن صالح والاوزاعى والشافعى

وإسحاق ، ونحوه عن مجاهد وعبد الله بن عمر ومحمد بن الحسن . والرواية الثانية تتعجل الفرقة وهو اختيار الخلال وصاحبه وقول الحسن وطاوس وعكرمة وقتادة والحكم ، وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ونصره ابن المنذر . وقول أبي حنيفة ههنا كقوله فيما قبل الدخول ، إلا ان المرأة اذا كانت فى دار الحرب فانقضت عدتها وحصلت الفرقة لزمها استئناف العدة . وقال مالك : ان أسلم الرجل قبل امرأته عرض عليها الاسلام ، فان أسلمت والا وقعت الفرقة ، وان كانت قائمة تعجلت الفرقة ، وإن أسلمت المرأة قبله وقفت على انقضاء العدة ، واحتج من قال بتعجيل الفرقة بقوله سبحانه ( ولا تمسكوا بعصم الكوافر ) ولأن ما يوجب فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول وبعده كالرضاع

ولنا ماروى مالك فى موطئه عن ابن شهاب قال : كان بين إسلام صفوان بن أمية وامرأته بنت الوليد بن المغيرة نحو من شهر أسلمت يوم الفتح وبقى صفوان حتى شهد حنينا والطائف وهو كافر ثم أسلم فلم يفرق النبي (ص) بينهما واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح . قال ابن عبد البر : وشهرة هذا الحديث أقوى من اسناده وقال ابن شهاب : أسلمت أم حكيم يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة حتى أتى اليمن فارتحلت حتى قدمت عليه اليمن فدعته الى الاسلام فأسلم وقدم فبايع النبي (ص) فثبتا على نكاحهما . وقال ابن شبرمة : كان الناس على عهد رسول الله (ص) يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهى امرأته وان أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما ، ولان أبا سفيان خرج فأسلم عام الفتح قبل دخول النبي صلى الله عليه وسلم مكة ، ولم تسلم هند امرأته حتى فتح النبي (ص) مكة فثبتا على النكاح ، وأسلم حكيم بن حزام قبل امرأته ، وخرج ابو سفيان بن الحارث وعبد الله بن أمية فلقيا النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح بالابواء فأسلما قبل نسائهما ، ولم يعلم ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين أحد ممن أسلم وبين امرأته ويبعد ان يتفق اسلامهما دفعة واحدة ، ويفارق ما قبل الدخول فانه لا عدة لها فتتعجل البينونة كالمطلقة واحدة ، وههنا لها عـــدة ، فاذا انقضت تبينا وقوع الفرقة من حين أسلم الاول فلا يحتاج الى عدة ثانية ، لأن اختلاف الدين سبب الفرقة فتحتسب الفرقة منه كالطلاق

الفصل الخامس : أنه إذا أسلم أحد الزوجين وتخلف الآخر حتى انقضت عدة المرأة انفسخ النكاح فى قول عامة العلماء ، قال ابن عبد البر : لم يختلف العلماء فى هذا الا شىء روى عن النخعى شذ فيه عن جماعة العلماء فلم يتبعه عليه أحد زعم أنها ترد الى زوجها ، وإن طالت المدة لما روى ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد زينب على زوجها أبي العاص بنكاحها الأول ، رواه أبو داود ، واحتج به أحمد ، قيل له أليس يروى أنه ردها بنكاح مستأنف ؟ قال ليس له أصل وقيل كان بين إسلامها وردها إليه ثمان سنين .

ولنا قول الله تعالى ( لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن ) وقوله سبحانه ( ولا تمسكوا بعصم الكوافر والإجماع المنعقد على تحريم تزوج المسلمات على الكفار ، فأما قصة أبي العاص مع امرأته فقال ابن عبد البر لا يخلو من أن تكون قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار فتكون منسوخة بما جاء بعدها أو تكون حاملا استمر حكمها حتى أسلم زوجها أو مريضة لم تحض ثلاث حيضات حتى أسلم أو تكون ردت إليه بنكاح جديد فقد روى ابن أبي شيبة فى سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى (ص) ردها على أبي العاص بنكاح جديد ، ورواه الترمذى وقال سمعت عبد بن حميد يقول : سمعت يزيد بن هارون يقول حديث ابن عباس أجود إسناداً والعمل على حديث عمرو بن شعيب .

## فصـــل

وإذا وقعت الفرقة بإســلام احدهما بعد الدخول فلها المهر كاملا لانه استقر بالدخول فلم يسقط بشىء فإن كان مسمى صحيحا فهو لها لأن انكحة الكفار صحيحة يثبت لها أحكام الصحة وإن كان محرماً وقد قبضته فى حال الكفر فليس لها غيره لأننا لا نتعرض لما مضى من احكامهم ، وإن لم تقبضه وهو حرام فلها مهر مثلها لأن الخمر والخنزير لا يجوز ان يكون صداقا لمسلمة ولا فى نكاح مسلم وقد صارت احكامهم أحكام المسلمين ، فأما نفقة العدة فإن كانت هى المسلمة قبله فلها نفقة عدتها لأنه يتمكن من ابقاء نكاحها واستمتاعه منها بإسلامه معها فكانت لها النفقة كالرجعية ، وإن كان هو المسلم قبلها فلا نفقة لها عليه لأنه لا سبيل له الى استبقاء نكاحها وتلافى حالها فأشبهت البائن وسواء أسلمت فى عدتها أو لم تسلم ،

فإن قيل إذا لم تسلم تبينا أن نكاحها انفسخ باختلاف الدينين فكيف تجب النفقة للبائن؟ قلنا لأنه كان يمكن الزوج تلافى نكاحها إذا أسلمت بل يجب عليه ذلك فوكانت فى معنى الرجعية : فإن قيل الرجعية جرت الى البينونة بسبب منه ، وهذه السبب منها قلنا الا أنه كان فرضا عليها مضيقا ولكنه تلافيه بخلاف ما اذا أسلمت قبل الدخول فإنه يسقط مهرها جميعه لأنه ما أمكنه تلافيه .

( فصل فى اختلاف الزوجين ) لا يخلو اختلافهما من حالين ، أحدهما : أن يكون قبل الدخول ففيه مسألتان : احداهما : أن يقول الزوج أسلمنا معا فنحن على النكاح وتقول هى بل أسلم أحدنا قبل صاحبه فانفسخ النكاح ، فقال القاضى القول قول المرأة لأن الظاهر معها وكذلك اذ يتعذر اتفاق الإسلام منهما دفعة واحدة، والقول قول من الظاهر معه ولذلك كان القول قول صاحب اليد، وذكر أبو الخطاب فيها وجها آخر أن القول قول الزوج لأن الاصل بقاء النكاح، والفسخ طارىء عليه فكان القول قول من يوافق قوله الاصل كالمنكر ، وللشافعى قولان كهذين الوجهين .

المسألة الثانية : أن يقول الزوج أسلمت قبلى فلا صداق لك ، وتقول هى أسلمت قبلى فلى نصف الصداق فالقول قولها لأن المهر وجب بالعقد والزوج يدعى ما يسقطه والاصل بقاؤه ولم يعارضه ظاهر فبقى ، فان اتفقا على أن أحدهما أسلم قبل صاحبه ولا يعلمان عينه فلها نصف الصداق ، كذلك ذكره أبو الخطاب وقال القاضى : ان لم تكن قبضت فلا شىء لها لأنها تشك فى استحقاقها فلا تستحق بالشك وان كان بعد القبض لم يرجع عليها ، لأنه يشك فى استحقاق الرجوع ولا يرجع مع الشك ، والأول أصح لان اليقين لا يزال بالشك وكذلك اذا تيقن الطهارة وشك فى الحدث أو تيقن الحدث وشك فى الطهارة بنى على اليقين ، وهذه قد كان صداقها واجباً لها وشكا فى سقوطه فيبقى على الوجوب ، وأما ان اختلفا بعد الدخول ففيه أيضاً مسألتان ، احداها : أن يقولا أسلمنا معاً أو أسلم الثانى منا فى العدة فنحن على النكاح وتقول هى بل أسلم الثانى بعد العدة فانفسخ النكاح ففيه وجهان ، أحدهما : القول قوله لان الاصل بقاء النكاح ، والثانى : القول قولها لان الاصل عدم اسلام الثانى

المسألة الثانية : أن تقول أسلمت قبلك فلي نفقة العدة ويقول هو أسلمت قبلك فلا نفقة لك فالقول قولها لان الاصل وجوب النفقة وهو يدعي سقوطها ، وان قال أسلمت بعد شهرين من اسلامي فلا نفقة لك فيها وقالت بعد شهر فالقول قوله لان الاصل عدم اسلامها في الشهر الثاني ، فأما ان ادعى هو ما يفسخ النكاح وأنكرته انفسخ النكاح لانه يقر على نفسه بزوال نكاحه وسقوط حقه فأشبه ما لو ادعى انها أخته من الرضاع فكذبته .

( فصـــل ) وسواء فيما ذكرنا اتفقت الداران أو اختلفتا ، وبه قال مالك والاوزاعي والليث والشافعي ، وقال أبو حنيفة ان أسلم احدهما وهما في دار الحرب ودخل دار الإسلام انفسخ النكاح ولو تزوج حربي حربية ثم دخل دار الاسلام وعقد الذمة انفسخ نكاحه لاختلاف الدارين ويقتضي مذهبه ان أحد الزوجين الذميين اذا دخل دار الحرب ناقضاً للعهد انفسخ نكاحه لان الدار اختلفت بهما فعلا وحكما فوجب أن تقع الفرقة بينهما كما لو اسلمت في دار الاسلام قبل الدخول .

ولنا ان ابا سفيان اسلم بمر الظهران وامرأته بمكة لم تسلم وهي دار حرب ، وأم حكيم اسلمت بمكة وهرب زوجها عكرمة الى اليمن وامرأة صفوان بن امية اسلمت يوم الفتح وهرب زوجها ثم اسلموا وأقروا على انكحتهم مع اختلاف الدين والدار بهم ، ولانه عقد معاوضة فلم ينفسخ باختلاف الدار كالبيع ويفارق ما قبل الدخول فان القاطع للنكاح اختلاف الدين المانع من الاقرار على النكاح دون ما ذكروه . فعلى هذا لو تزوج مسلم مقيم بدار الاســـلام حربية من اهل الكتاب صح نكاحه وعندهم لا يصح .

ولنا عموم قوله تعالى ( والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم ) ولانها امرأة يباح نكاحها اذا كانت في دار الاسلام فأبيح نكاحها في دار الحرب كالمسلمة .

• مسألة • قال ( ولو نكح اكثر من اربع في عقد واحد او في عقود متفرقة ثم اصابهن ثم اسلم ثم اسلمت كل واحدة منهن في عدتها اختار اربعا منهن وفارق ما سواهن سواء كان من امسك منهن اول من عقد عليهن او آخرهن )

وجملة ذلك أن الكافر إذا أسلم ومعه أكثر من أربع نسوة فأسلمن فى عدتهن أو كن كتابيات لم يكن له إمساكهن كلهن بغير خلاف نعلمه ولا يملك إمساك أكثر من أربع فإذا أحب ذلك اختار أربعا منهن وفارق سائرهن سواء تزوجن فى عقد أو فى عقود وسواء اختار الاوائل أو الاواخر نص عليه أحمد وبه قال الحسن ومالك والليث والاوزاعى والثورى والشافعى وإسحاق ومحمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف إن كان تزوجهن فى عقد انفسخ نكاح جميعهن، وإن كان فى عقود فنكاح الاوائل صحيح ونكاح ما زاد على أربع باطل لان العقد إذا تناول أكثر من أربع فتحريمه من طريق الجمع فلا يكون فيه مخيراً بعد الإسلام كما لو تزوجت المرأة زوجين فى حال الكفر ثم أسلموا .

ولنا ما روى قيس بن الحارث قال : أسلمت وتحتى ثمان نسوة فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقلت له ذلك فقال « اختر منهن أربعا » رواه أحمد وأبو داود ، وروى محمد بن سويد الثقفى أن غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة فأسلمن معه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتخير منهن أربعا ، رواه الترمذى ورواه مالك فى موطئه عن الزهرى مرسلا ، ورواه الشافعى فى مسنده عن ابن علية عن معمر عن الزهرى عن سالم عن أبيه إلا أنه غير محفوظ غلط فيه معمر وخالف فيه أصحاب الزهرى كذلك قال الحفاظ الإمام أحمد والترمذى وغيرهما ، ولان كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له إمساكه بنكاح مطلق فى حال الشرك كما لو تزوجهن بغير شهود ، وأما إذا تزوجت بزوجين فنكاح الثانى باطل ، لانها ملكته ملك غيرها ، وإن جمعت بينهما لم يصح ، لانها لم تملكه جميع بضعها ، ولان ذلك ليس بشائع عند أحد من أهل الاديان ، ولان المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل .

( فصل ) ويجب عليه ان يختار اربعاً فما دون ويفارق سائرهن او يفارق الجميع لان النبى صلى الله عليه وسلم امر غيلان وقيساً بالاختيار ، وأمره يقتضى الوجوب ، ولان المسلم لا يجوز اقراره على نكاح اكثر من اربع ، فإن ابى اجبر بالحبس والتعزير الى ان يختار ، لان هذا حق عليه يمكنه ايفاؤه وهو ممتنع منه

فأجبر عليه كإيفاء الدين ، وليس للحاكم ان يختار عنه كما يطلق على المولى اذا امتنع من الطلاق ، لان الحق ههنا لغير معين ، وانما تتعين الزوجات باختياره وشهوته ، وذلك لا يعرفه الحاكم فينوب عنه فيه بخلاف المولى ، فإن الحق لمعين يمكن الحاكم ايفاؤه والنيابة عن المستحق فيه فإن جن خلي حتى يعود عقله ثم يجبر على الاختيار وعليه نفقة الجميع الى ان يختار لانهن محبوسات عليه ، ولانهن فى حكم الزوجات أيتهن اختار جاز .

(فصل) ولو زوج الكافر ابنه الصغير اكثر من أربع ثم أسلموا جميعاً لم يكن له الاختيار قبل بلوغه فإنه لا حكم لقوله وليس لابيه الاختيار عنه لان ذلك حق يتعلق بالشهوة فلا يقوم غيره مقامه فيه فاذا بلغ الصبي كان له أن يختار حينئذ وعليه النفقة الى ان يختار .

( فصــــل )

فان مات قبل ان يختار لم يقم وارثه مقامه لما ذكرنا فى الحاكم وعلى جميعهن العدة ، لان الزوجات لم يتعين منهن ، فمن كانت منهن حاملا فعدتها بوضعه ومن كانت آيسة او صغيرة فعدتها أربعة أشهر وعشر لانها اطول العدتين فى حقها ، وان كانت من ذوات القروء فعدتها اطول الاجلين من ثلاثة قروء او اربعة اشهر وعشر لتقضي العدة بيقين لان كل واحدة منهن يحتمل ان تكون مختارة او مفارقة ، وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة المفارقة ثلاثة قروء فأوجبنا اطولها لتنقضي العدة بيقين كما قلنا فيمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها عليه خمس صلوات وهذا مذهب الشافعي . فأما الميراث فان اصطلحن عليه فهو جائز كيفما اصطلحن لان الحق لهن لا يخرج عنهن وان أبين الصلح فقياس المذهب ان يقرع بينهن فتكون الاربع منهن بالقرعة وعند الشافعي يوقف الميراث حتى يصطلحن وأصل هذا يذكر فى غير هذا الموضع ان شاء الله تعالى .

( فصل ) وصفة الاختيار ان يقول : اخترت نكاح هؤلاء او اخترت هؤلاء او امسكتهن او اخترت حبسهن او امساكهن او نكاحهن او امسكت نكاحهن او ثبت نكاحهن او اثبتهن . وان قال لما زاد على الاربع فسخت نكاحهن كان اختياراً للأربع ، وان طلق احداهن كان اختياراً لها ، لان الطلاق لا يكون

إلا فى زوجة ، وإن قال : قد فارقت هؤلاء ، أو اخترت فراق هؤلاء ، فإن لم ينو الطلاق كان اختياراً لغيرهن لقول النبى صلى الله عليه وسلم لغيلان « اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن » وهذا يقتضى أن يكون لفظ الفراق صريحا فيه كما كان لفظ الطلاق صريحا فيه ، وكذا فى حديث فيروز الديلمى قال : فعمدت إلى أقدمهن صحبة ففارقتها ، وهذا الموضع أخص بهذا اللفظ فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ وإن نوى به الطلاق كان اختياراً لهن دون غيرهن . وذكر القاضى فيه عند الاطلاق وجهين .

أحدهما : أنه يكون اختياراً للمفارقات ، لأن لفظ الفراق صريح فى الطلاق والأولى ما ذكرناه . وان وطىء إحداهن كان اختياراً لها فى قياس المذهب ، لأنه لا يجوز إلا فى ملك فيدل على الاختيار كوطء الجارية المبيعة بشرط الخيار ووطء الرجعية أيضا اختيار لها ، وان آلى من واحدة منهن أو ظاهر منها لم يكن اختياراً لها ، لأنه يصح فى غير زوجة فى أحد الوجهين ، وفى الآخر يكون اختياراً لها لأن حكمه لا يثبت فى غير زوجة ، وان قذفها لم يكن اختياراً لها ، لأنه يقع فى غير زوجة .

## فصل

وإذا اختار منهن أربعا وفارق البواقى فعدتهن من حين اختار ، لأنهن بن منه بالاختيار ، ويحتمل أن تكون عدتهن من حين أسلم لأنهن بن بإسلامه وإنما يتبين ذلك باختياره فيثبت حكمه من حين الاسلام كما إذا أسلم أحد الزوجين ولم يسلم الآخر حتى انقضت عدتها وفرقهن فسخ لأنها تثبت بإسلامه من غير لفظ منهن ، وعدتهن كعدة المطلقات لأن عدة من انفسخ نكاحها كذلك ، وان ماتت احدى المختارات أو بانت منه وانقضت عدتها فله أن ينكح من المفارقات وتكون عنده على طلاق ثلاث ، لأنه لم يطلقها قبل ذلك ، وان اختار أقل من أربع أو اختار ترك الجميع أمر بطلاق أربع أو تمام أربع لان الأربع الزوجات لا يبن منه الا بطلاق أو ما يقوم مقامه فإذا طلق أربعا منهن وقع طلاقه بهن وانفسخ نكاح الباقيات لاختياره لهن ، وتكون عدة المطلقات من حين طلق وعدة الباقيات على الوجهين .

وان طلق الجميع أقرع بينهن ، فإذا وقعت القرعة على أربع منهن كن المختارات ووقع طلاقه بهن وانفسخ نكاح البواقي ، فإن كان الطلاق ثلاثا فمتى انقضت عدتهن فله أن ينكح من الباقيات لأنهن لم يطلقن منه ، ولا تحل له المطلقات الا بعد زوج واصابة ، ولو أسلم ثم طلق الجميع قبل اسلامهن ثم أسلمن في العدة أمر أن يختار أربعا منهن فإذا اختارهن تبينا أن طلاقه وقع بهن لأنهن زوجات ويعتددن من حين طلاقه وبان البواقي باختياره لغيرهن ولا يقع بهن طلاقه وله نكاح أربع منهن اذا انقضت عدة المطلقات لأن هؤلاء غير مطلقات، والفرق بين هذه وبين التي قبلها أن طلاقهن قبل اسلامهن في زمن ليس له الاختيار فيه ، فإذا أسلمن تجدد له الاختيار حينئذ وفي التي قبلها يطلقن وله الاختيار ، والطلاق يصلح اختياراً وقد أوقعه في الجميع وليس بعضهن أولى من بعض فصرنا الى القرعة لتساوي الحقوق .

## فصل

واذا أسلم قبلهن وقلنا بتعجيل الفرقة باختلاف الدين فلا كلام : وان قلنا يقف على انقضاء العدة ولم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبينا أنهن بن منذ اختلف الدينان فإن كان قد طلقهن قبل انقضاء عدتهن تبينا أن طلاقه لم يقع بهن وله نكاح أربع منهن اذا أسلمن . وان كان وطئهن تبينا أنه وطىء غير نسائه وان لاعنهن أو ظاهر أو قذف تبينا أن ذلك كان في غير زوجته . وحكمه حكم ما لو خاطب بذلك اجنبية ، فإن اسلم بعضهن في العدة تبينا انها زوجته فوقع الطلاق بها وكان وطؤه لها وطئا لمطلقته .

وان كانت المطلقة غيرها فوطؤه لها وطء لامرأته ، وكذلك ان كان وطؤه لها قبل طلاقها ، وان طلق الجميع فأسلم اربع نسوة منهن او اقل في عدتهن ولم تسلم البواقي تعينت الزوجية في المسلمات ووقع الطلاق بهن فاذا اسلم البواقي فله ان يتزوج بهن لانه لم يقع طلاقه بهن .

( فصل ) واذا اسلم وتحته ثمان نسوة فأسلم اربع منهن فله اختيارهن وله *الوقوف الى ان يسلم البواقي ، فان مات اللاتي اسلمن ثم اسلم الباقيات فله اختيار الميتات وله اختيار الباقيات وله اختيار بعض هؤلاء وبعض هؤلاء لان الاختيار*

ليس بعقد وإنما هو تصحيح للعقد الأول فيهن والاعتبار فى الاختيار بحال ثبوته وحال ثبوته كن أحياء ، وان أسلمت واحدة منهن فقال : اخترتها جاز فإذا اختار أربعا على هذا الوجه انفسخ نكاح البواقى .

وان قال المسلمة اخترت فسخ نكاحها لم يصح لأن الفسخ إنما يكون فيما زاد على الأربع والاختيار للأربع وهذه من جملة الأربع إلا أن يريد بالفسخ الطلاق فيقع لانه كناية ويكون طلاقه لها اختياراً لها ، وان قال : اخترت فلانة قبل أن تسلم لم يصح ، لانه ليس بوقت للاختيار لانها جارية إلى بينونة فلا يصح إمساكها وان فسخ نكاحها لم ينفسخ ، لأنه لما لم يجز الاختيار لم يجز الفسخ ، وان نوى بالفسخ الطلاق أو قال : أنت طالق فهو موقوف . فإن أسلمت ولم يسلم زيادة على أربع أو أسلم زيادة فاختارها تبينا وقوع الطلاق بها وإلا فلا .

( فصـــل )

وإن قال : كلما أسلمت واحدة اخترتها لم يصح ، لأن الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ولا يصح فى غير معنى ، وان قال : كلما أسلمت واحدة اخترت فسخ نكاحها لم يصح أيضا ؛ لأن الفسخ لا يتعلق بالشرط ولا يملكه فى واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الأربع ، وان أراد به الطلاق فهو كما لو قال : كلما أسلمت واحدة فهى طالق ، وفى ذلك وجهان . أحدهما : يصح ، لأن الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضمن الاختيار لها فكلما أسلمت واحدة كان اختياراً لها وتطلق بطلاقه ، والثانى لا يصح لان الطلاق يتضمن الاختيار والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط

(فصل) وإذا أسلم ثم أحرم بحج أو عمرة ثم أسلمن فله الإختيار لان الاختيار استدامة النكاح وتعيين المنكوحة فليس ابتداء له ، وقال القاضى ليس له الاختيار وهو ظاهر مذهب الشافعى .

ولنا أنه استدامة نكاح لا يشترط له رضاء المرأة ، ولا ولى ولا شهود ولا يتجدد به مهر فجاز له فى الاحرام كالرجعة :

( فصل ) واذا أسلمن معه ثم متن قبل اختياره فله أن يختار منهن أربعا فيكون له ميراثهن ولا يرث الباقيات لانهن ليس بزوجات له ، وان مات بعضهن فله الاختيار من الاحياء وله الاختيار من الميتات ، وكذلك لو أسلم بعضهن فتن

ثم أسلم البواقى فله الاختيار من الجميع ، فان اختار الميتات فله ميراثهن لأنهن متن وهن نساؤه وان اختار غيرهن فلا ميراث له منهن لأنهن أجنبيات ، وان لم يسلم البواقى لزم النكاح فى الميتات وله ميراثهن ، وان وطىء الجميع قبل اسلامهن ثم أسلمن فاختار أربعا منهن فليس لهن إلا المسمى لانهن زوجات ، ولسائرهن المسمى بالعقد الاول ومهر المثل للوطء الثانى لأنهن أجنبيات ، وان وطئهن بعد إسلامهن فالموطوءات أولاهن المختارات والبواقى أجنبيات والحكم فى المهر على ما ذكرناه

« مسألة » قال ( ولو أسلم وتحته أختان اختار منهما واحدة )

هذا قول الحسن والاوزاعى والشافعى واسحاق وأبى عبيد ؛ وقال أبو حنيفة فى هذه كقوله فى عشرة نسوة .

ولنا ماروى الضحاك بن فيروز عن أبيه قال « قلت يارسول الله ، انى أسلمت وتحتى أختان ؟ قال : طلق أيتهما شئت » رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما ، ولأن أنكحة الكفار صحيحة وانما حرم الجمع فى الاسلام وقد أزاله فصح ، كما لو طلق احداهما قبل اسلامه ثم أسلم والاخرى فى حباله ، وهكذا الحكم فى المرأة وعمتها أو خالتها لأن المعنى فى الجميع واحد .

( فصل ) ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ثم تزوج فى شركه أختها ثم أسلما فى عدة الاولى فله أن يختار منهما لأنه أسلم وتحته أختان مسلمتان ، وان أسلم هو قبلها لم يكن له ان يتزوج اختها فى عدتها ولا اربعا سواها ، فإن فعل لم يصح النكاح الثانى واذا اسلمت الاولى فى عدتها فنكاحها لازم لانها انفردت به .

( فصل ) وان تزوج اختين ودخل بهما ثم اسلم واسلمتا معه فاختار احداهما [illegible] حتى تنقضى عدة اختها لئلا يكون واطئا لاحد الاختين فى عدة الاخرى [illegible] كذلك اذا اسلم وتحته اكثر من اربع قد دخل بهن فأسلمن معه وكن ثمانيا فاختار اربعاً منهن وفارق اربعا لم يطأ واحدة من المختارات حتى تنقضى عدة المفارقات لئلا يكون واطئا لاكثر من اربع ، فان كن خمسا ففارق احداهن فله وطء ثلاث من المختارات ولا يطأ الرابعة حتى تنقضى عدة المفارقة ، فان كن ستا ففارق اثنتين فله وطء اثنتين من المختارات ، فان كن سبعا ففارق ثلاثا فله وطء

واحدة من المختارات ولا يطأ الباقيات حتى تنقضي عدة المفارقات . فكلما انقضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات . هذا قياس المذهب

( فصل ) واذا تزوج اختين في حال كفره فأسلم واسلمتا معا قبل الدخول فاختار احداهما فلا مهر للأخرى لأننا تبينا ان الفرقة وقعت باسلامهم جميعا فلا تستحق مهراً كما لو فسخ النكاح لعيب في احداهما ولانه نكاح لا يقر عليه في الاسلام فلا يجب به مهر اذا لم يدخل بها كما لو تزوج المجوسي اخته ثم اسلما قبل الدخول . وهكذا الحكم فيما زاد على الاربع اذا اسلموا جميعا قبل الدخول فاختار اربعا وانفسخ نكاح البواقي فلا مهر لهن لما ذكرنا والله اعلم .

« مسألة » قال ( وان كانتا اما وبنتا فأسلم واسلمتا معاً قبل الدخول فسد نكاح الام وان كان دخل بالام فسد نكاحهما )

الكلام في هذه المسألة في فصلين .

احدهما : اذا كان اسلامهم جميعاً قبل الدخول فانه يفسد نكاح الام ويثبت نكاح البنت ؛ وهذا احد قولي الشافعي واختيار المزني ، وقال في الآخر يختار ايتهما شاء لأن عقد الشرك انما يثبت له حكم الصحة اذا انضم اليه الاختيار ، فاذا اختار الام فكأنه لم يعقد على البنت .

ولنا قول الله تعالى ( وامهات نسائكم ) وهذه ام زوجته فتدخل في عموم الاية ، ولأنها ام زوجته فتحرم عليه كما لو طلق ابنتها في حال شركه . ولأنه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه امها اذا اسلم ، فاذا لم يطلقها وتمسك بنكاحها اولى ، وقولهم انما يصح العقد بانضمام الاختيار اليه غير صحيح فان انكحة الكفار صحيحة ثبت لها احكام الصحة .

وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحاً لازما من غير اختيار . ولهذا فوض اليه الاختيار ههنا ، ولا يصح ان يختار من ليس نكاحها صحيحا وانما اختصت الام بفساد نكاحها لأنها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأبيد فلم يمكن اختيارها والبنت لا تحرم قبل الدخول بأمها فتعين النكاح فيها بخلاف الاختين .

الفصل الثاني : اذا دخل بهما حرمتا على التأبيد ، الام لأنها أم زوجته والبنت

لأنها ربيبته من زوجته التى دخل بها . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من يحفظ عنه من أهل العلم . وهذا قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة ومالك وأهل الحجاز والثورى وأهل العراق والشافعى ومن تبعهم ، وإن دخل بالأم وحدها فكذلك ان البنت تكون ربيبته مدخولا بأمها والأم حرمت بمجرد العقد على ابنتها ، وإن دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها وفسد نكاح أمها ، كما لو لم يدخل بها ، ولو لم تسلم معه إلا إحداهما كان الحكم كما لو أسلمتا معه معاً ، فإن كانت المسلمة هى الأم فهى محرمة عليه على كل حال ، وإن كانت البنت ولم يكن دخل بأمها ثبت نكاحها ، وإن كان دخل بأمها فهى محرمة على التأبيد ، ولو أسلم وله جاريتان إحداهما أم الأخرى وقد وطئهما جميعاً حرمتا عليه على التأبيد ، وإن كان قد وطيء إحداهما حرمت الأخرى على التأبيد ولم تحرم الموطوءة ، وإن كان لم يطأ واحدة فله وطء أيتهما شاء ، فإذا وطئها حرمت الاخرى على التأبيد والله أعلم

« مسألة » قال ( ولو أسلم عبد وتحته زوجتان قد دخل بهما فأسلمتا فى العدة فهما زوجتاه ، ولو كن أكثر اختار منهن اثنتين )

وجملة ذلك ان حكم العبد فيما زاد على الاثنتين حكم الحر فيما زاد على أربع فإذا أسلم وتحته زوجتان فأسلمتا معه أو فى عدتهما لزم نكاحهما ، حرتين كانتا أو أمتين ، أو حرة وأمة ، لأنه له الجمع بينهما فى ابتداء نكاحه ، فكذلك فى اختياره ، وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين أيتهن شاء على ما مضى فى الحر ، فلو كان تحته حرتان وأمتان فله ان يختار الحرتين أو الامتين ، أو حرة وأمة ، وليس للحرة إذا أسلمت معه الخيار فى فراقه لأنها رضيت بنكاحه وهو عبد ولم يتجدد رقه بالاسلام ولا تجددت حريتها بذلك فلم يكن لها خيار ، كما لو تزوجت معيبا تعلم عيبه ثم أسلما

وذكر القاضى وجهاً أن لها الخيار لان الرق عيب تجددت أحكامه بالاسلام فكأنه عيب حادث ، والاول أصح فإن الرق لم يزل عيبا ونقصاً عند العقلاء ولم يتجدد نقصه بالاسلام فهو كسائر العيوب

(فصـل) وإن أسلم وتحته أربع حرائر فأعتق ثم أسلمن فى عدتهن أو أسلمن قبله ثم أعتق ثم اسلم لزمه نكاح الاربع لانه ممن يجوز له الاربع فى وقت اجتماع إسلامهن فإنه حر ، فأما إن أسلموا كلهم ثم أعتق قبل أن يختار لم يكن له ان يختار إلا اثنتين لانه كان عبداً حين ثبت له الاختيار، وهو حال اجتماعهم على الاسلام فتغير حاله بعد ذلك لا يغير الحكم ، كمن أسلم وتحته إماء فأسلمن معه ثم أيسر ، ولو أسلم ومعه اثنتان ثم أعتق ثم أسلم الباقيات لم يجز الا اثنتين لانه ثبت له الخيار بإسلام الاولتين .

(فصـل) وان تزوج أربعا فأسلمن وأعتقن قبل اسلامه فلهن فسخ النكاح لأنهن عتقن تحت عبد وانما ملكن الفسخ وان كن جاريات الى بينونة لانه قد يسـلم فيقطع جريانهن الى البينونة ، فإذا فسخن ولم يسلم الزوج بنّ باختلاف الدين من حين أسلمن ، وان أسلم فى العدة بن لفسخ النكاح وعليهن عدة الحرائر فى الموضعين لأنهن ههنا وجبت عليهن العدة وهن حرائر ، وفى التى قبلها عتقن فى أثناء العدة التى يمكن الزوج تلافى النكاح فيها وأشبهن الرجعية ، فان أخرن الفسخ حتى أسلم الزوج لم يسقط بذلك حقهن من الفسخ ، لان تركهن للفسخ اعتماد على جريانهن لبينونة فلم يتضمن الرضى بالنكاح كالرجعية اذا عتقت وأخرت الفسخ ولو أسلم قبلهن ثم أعتقن فاخترن الفسخ صح ، لأنهن اماء عتقن تحت عبد ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى

وقال بعضهم لا خيار لهن لانه لا حاجة بهن الى الفسخ لكونه يحصل باقامتهن على الشرك بخلاف التى قبلها ؛ وليس بصحيح فان السبب متحقق وقد يبدو لهن الاسلام وهو واجب عليهن

فان قيل فاذا أسلمن اخترن الفسخ . قلنا يتضررن بطول العدة فان ابتداءها من حين الفسخ ولذلك ملكن الفسخ فيما اذا أسلمن وعتقن قبله

فأما ان اخترن المقام وقلنا قد رضينا بالزوج ، فذكر القاضى انه يسقط خيارهن لانها حالة يصح فيها اختيار الفسخ فصح فيها اختيار الاقامة ، كحالة اجتماعهم على الاسلام . وقال أصحاب الشافعى : لا يسقط خيارهن لان اختيارهن للاقامة ضد

للحالة التي هن عليها وهي جريانهن الى البينونة فلم يصح ؛ كما لو ارتدت الرجعية فراجعها الزوج حال ردتها ، وهذا يبطل بما اذا قال : اذا جاء رأس الشهر فانت طالق ثم عتقت فاختارت زوجها

( فصل ) واذا أسلم الحر وتحته اماء فأعتقت احداهن ثم أسلمت ثم أسلم البواقي لم يكن له أن يختار من الاماء لانه مالك لعصمة حرة حين اجتماعها على الاسلام وان أسلمت احداهن معه ثم اعتقت ثم اسلم البواقي فله ان يختار من الاماء ، لان العبرة بحال الاختيار ، وهي حالة اجتماعهم على الاسلام ، وحالة اجتماعها على الاسلام كانت أمة

( فصل )

ولو أسلم وتحته أربع اماء وهو عادم للطول خائف للعنت فأسلمن معه فله ان يختار منهن واحدة ، فان كانت لا تعفه فله ان يختار منهن من تعفه فى احدى الروايتين ، والاخرى لا يختار الا واحدة ، وهذا مذهب الشافعي وتوجيهها قد مضى فى ابتداء نكاح الإماء . وان عدم فيه الشرطان انفسخ النكاح فى الكل ولم يكن له خيار وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو ثور : له أن يختار منهن لانه استدامة للعقد لا ابتداء له ، بدليل انه لا يشترط له شروط العقد ، فأشبه الرجعة

ولنا ان هذه امرأة لا يجوز ابتداء العقد عليها حال الاسلام فلم يملك اختيارها كالمعتدة من غيره وكذوات محارمه . وأما الرجعة فهي قطع جريان النكاح الى البينونة ، وهذا اثبات النكاح فى امرأة ، وان كان دخل بهن ثم أسلم ثم أسلمن فى عدتهن فالحكم كذلك ، وقال ابو بكر : لايجوز له ههنا اختيار ، بل بين بمجرد اسلامه لئلا يفضي الى استدامة نكاح مسلم فى أمة كافرة

ولنا أن اسلامهن فى العدة بمنزلة اسلامهن معه : ولهذا لو كن حرائر مجوسيات أو وثنيات فأسلمن فى عدتهن كان ذلك كاسلامهن معه . وان لم يسلمن حتى انقضت عدتهن انفسخ نكاحهن، سواء كن كتابيات أو غير كتابيات ، لانه لايجوز له استدامة النكاح فى أمة كتابية

( فصل ) ولو أسلم وهو واجد للطول فلم يسلمن حتى أعسر ثم أسلمن فله ان

يختار منهن لان شرائط النكاح تعتبر فى وقت الاختيار ، وهو وقت اجتماعهم على الاسلام ، وهو حينئذ عادم الطول خائف العنت فكان له الاختيار . وان أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أيسر لم يكن له الاختيار لذلك ، وان أسلمت واحدة منهن وهو موسر ثم أسلم البواقى بعد اعساره لم يكن له ان يختار منهن شيئا لأن وقت الاختيار دخل باسلام الاولى ، ألا ترى انه لو كان معسراً كان له اختيارها فاذا كان موسراً بطل اختياره ، وان أسلمت الاولى وهو معسر فلم تسلم البواقى حتى أيسر لزم نكاح الاولى ولم يكن له الاختيار من البواقى ، لان الاولى اجتمعت معه فى حالة يجوز له ابتداء نكاحها بخلاف البواقى ، ولو أسلم وأسلمن معه وهو معسر فلم يختر حتى أيسر كان له ان يختار ، لان حال ثبوت الاختيار كان له ذلك ، فبغير حاله لا يسقط ما ثبت له ، كما لو تزوج أو اختار ثم أيسر لم يحرم عليه استدامة النكاح .

( فصل ) فإن أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الاماء فله ان يختار من اسلمت معه لان له ان يختارها لو اسلمن كلهن فكذلك اذا اسلمت وحدها . وان أحب انتظار البواقى جاز لان له غرضاً صحيحاً ، وهو ان يكون منهن من هى أبر عنده من هـذه . فان انتظرهن فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبين ان نكاح هذه كان لازما ، وبان البواقى منذ اختلف الدينان . وان أسلمن فى العدة اختار منهن واحدة وانفسخ نكاح الباقيات من حين الاختيار ، وعددهن من حين الاختيار ، وان أسلم بعضهن دون بعض بان اللائى لم يسلمن منذ اختلف الدينان والبواقى من حين اختار . وان اختار التى أسلمت معه حين أسلمت انقضت عصمة البواقى وثبت نكاحها ، فان أسلم البواقى فى العدة تبين أنهن بن منه باختياره وعدتهن من حينئذ . وان لم يسلمن بن باختلاف الدين وعدتهن منه . وان طلق التى أسلمت معه طلقت وكان اختياراً لها . وحكم ذلك حكم ما لو اختارها صريحا ، لان ايقاع طلاقه عليها يتضمن اختيارها

فأما ان اختار فسخ نكاحها لم يكن له ، لأن الباقيات لم يسلمن معه ، فما زاد العدد على ماله امساكه فى هذه الحال ، ولا ينفسخ النكاح ، ثم ننظر فان لم يسلم البواقى لزمه نكاحها ، وان أسلمن فاختار منهن واحدة انفسخ نكاح البواقى ،

والاولى معهن ، وان اختار الاولى التى فسخ نكاحها صح اختياره لها ، لان فسخه لنكاحها لم يصح .

وفيه وجه آخر ذكره القاضى أنه لا يصح اختياره لها لان فسخه لنكاحها انما لم يصح مع اقامة البواقى على الكفر حتى تنقضى المدة لاننا نتبين ان نكاحها كان لازما ، فاذا أسلمن لحق اسلامهن بتلك الحال وصار كأنهن أسلمن فى ذلك الوقت فاذا فسخ نكاح احداهن صح الفسخ ولم يكن له ان يختارها ، وهذا يبطل بما لو فسخ نكاح احداهن قبل اسلامها فانه لا يصح ولا يجعل اسلامهن الموجود فى الثانى كالموجود سابقا ، كذلك ههنا

( فصل ) فان أسلم وتحته اماء وحرة ، ففيه ثلاث مسائل :

احداهن أسلم وأسلمن معه كلهن فانه يلزم نكاح الحرة وينفسخ نكاح الاماء لانه قادر على الحرة فلا يختار أمة . وقال أبو ثور : له ان يختار ، وقد مضى الكلام معه . الثانيـــة : أسلمت الحرة معه دون الاماء فقد ثبت نكاحها وانقطعت عصمة الاماء فان لم يسلمن حتى انقضت عدتهن بنّ باختلاف الدين وابتداء عدتهن من حين اسلم ، وان اسلمن فى عددهن بن من حين اســـلام الحرة وعددهن من حين اسلامها ، فان ماتت الحرة بعد اســـلامها لم يتغير الحكم بموتها ، لان موتها بعد ثبوت نكاحها وانفساخ نكاح الاماء لا يؤثر فى إباحتهن .

الثالثة : أسلم الاماء دون الحرة وهو معسر فلا يخلو اما أن تنقضى عدتها قبل اسلامها فتبين باختلاف الدين ، وله ان يختار من الاماء لانه لم يقدر على الحرة أو يسلم فى عدتها فيثبت نكاحها ويبطل نكاح الاماء : كما لو أسلمن دفعة واحدة وليس له ان يختار من الاماء قبل اسلامها وانقضاء عدتها لاننا لا نعلم انها لا تسلم فان طلق الحرة ثلاثاً قبل اسلامها ثم لم تسلم لم يقع الطلاق لاننا تبينا ان النكاح انفسخ باختلاف الدين وله الاختيار من الاماء ، وان أسلمت فى عدتها بان ان نكاحها كان ثابتا وأن الطلاق وقع فيه والاماء بنّ بثبوت نكاحها قبل الطلاق

( فصل ) وان اسلم وتحته اماء وحرة فأسلمن ثم عتقن قبل اسلامها لم يكن له ان يختار منهن ، لان نكاح الأمة لا يجوز لقادر على حرة وانما يعتبر حالهن حال

ثبوت الاختيار وهو حالة اجتماع إسلامه وإسلامهن ثم ننظر فإن لم تسلم الحرة فله الاختيار منهن فلا يختار إلا واحدة اعتباراً لحالة اجتماع إسلامه وإسلامهن وإن أسلمت فى عدتها ثبت نكاحها وانقطعت عصمتهن فإن كان قد اختار واحدة من المعتقات فى عدة الحرة ثم لم تسلم فلا عبرة باختياره وله أن يختار غيرها لأن الاختيار لا يكون موقوفا ، فأما إن عتقن قبل أن يسلمن ثم أسلمن واجتمعن معه على الإسلام وهن حرائر فإن كان جميع الزوجات أربعاً فما دون ثبت نكاحهن ، وان كن زائدات على أربع فله أن يختار منهن أربعا وتبطل عصمة الخامسة لأنهن صرن حرائر فى حالة الاختيار وهى حالة اجتماع إسلامه وإسلامهن فصار حكمهن حكم الحرائر الأصليات وكما لو أعتقن قبل إسلامه وإسلامهن ولو أسلمن قبله ثم أعتقن ثم أسلم فكذلك ويكون الحكم فى هذا كما لو أسلم وتحته خمس حرائر أو أكثر على ما مر تفصيله .

( فصل ) ولو أسلم وتحته خمس حرائر فأسلم معه منهن اثنتان احتمل أن يجبر على اختيار إحداهما ، لأنه لا بد أن يلزمه نكاح واحدة منهما فلا معنى لانتظار البواقى فإذا اختار واحدة ولم يسلم البواقى لزمه نكاح الثانية ، وكذلك إن لم يسلم من البواقى إلا اثنتان لزمه نكاح الأربع وإن أسلم الجميع فى العدة كلف أن يختار ثلاثاً مع التى اختارها أولا وينفسخ نكاح الباقية ، وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث كلف اختيار اثنتين ، وإن أسلم معه أربع كلف اختيار ثلاث منهن ؛ إذ لا معنى لانتظاره الخامسة ونكاح ثلاث منهن لازم له على كل حال ، ويحتمل أن لا يجبر على الاختيار لأنه إنما يكون عند زيادة العدد على أربع وما وجد ذلك ، وكذلك لو أسلمت معه واحدة من الاماء لم يجبر على اختيارها كذا ههنا ، والصحيح ههنا أن يجبر على اختيارها لما ذكرنا من المعنى ، وأما الأمة فقد يكون له غرض فى اختيار غيرها بخلاف مسألتنا .

. مسألة . قال ( وإذا تزوجها وهما كتابيان فأسلم قبل الدخول أو بعده فهى زوجته وإن كانت هى المسلمة قبله وقبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها )

وجملة ذلك انه إذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده أو أسلما معا

فالنكاح باق بحاله سواء كان زوجها كتابيا أو غير كتابي لأن للمسلم أن يبتدىء نكاح كتابية فاستدامته أولى ولا خلاف فى هذا بين القائلين بإجازة نكاح الكتابية . فأما إن أسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول تعجلت الفرقة سواء كان زوجها كتابيا أو غير كتابي إذ لا يجوز لكافر نكاح مسلمة ، قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، وإن كان إسلامها بعد الدخول فالحكم فيه كالحكم فيما لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين على ما تقدم ، فإذا كانت هي المسلمة قبل الدخول فلا مهر لها لأن الفسخ منها ، وقد مضى الكلام فى هذا أيضا بما فيه كفاية .

( فصل ) وإذا تزوج المجوسي كتابية ثم ترافعا الينا قبل الإسلام فرق بينهما ، قال أحمد فى مجوسي تزوج كتابية يحال بينه وبينها ، قيل : من يحول بينه وبين ذلك ؟ قال الامام ، ويحتمل هذا الكلام أن يحال بينهما وان لم يترافعا الينا لأنها أعلى دينا منه فيمنع نكاحها كما يمنع الذمي نكاح المسلمة ، وان تزوج الذمي وثنية أو مجوسية ثم ترافعوا الينا ففيه وجهان :

أحدهما : يقر على نكاحها لانها ليست أعلى دينا منه فيقر على نكاحها كما يقر المسلم على نكاح الكتابية

والثاني : لا يقر على نكاحها لانها من لا يقر المسلم على نكاحها فلا يقر الذمي على نكاحها كالمرتدة :

« مسألة » قال : ( وما سمي لها وهما كافران فقبضته ثم أسلما فليس لها غيره وان كان حراما ولو لم تقبضه وهو حرام فلها عليه مهر مثلها أو نصفه حيث أوجب ذلك )

وجملته أن الكفار اذا أسلموا وتحاكموا الينا بعد العقد والقبض لم نتعرض الى ما فعلوه وما قبضت من المهر فقد نفذ وليس لها غيره حلالا كان أو حراما بدليل قوله تعالى ( يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا ) فأمر بترك ما بقي دون ما قبض ، وقال تعالى (فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره الى الله ) ولان التعرض للمقبوض بإبطاله يشق لتطاول الزمان وكثرة

تصرفاتهم في الحرام ففيه تنفيرهم عن الإسلام فعفى عنه كما عفى عما تركوه من الفرائض والواجبات، ولأنهما تقابضا بحكم الشرك فبرئت ذمة من هو عليه منه كما لو تبايعا بيعاً فاسداً وتقابضا. وإن لم يتقابضا فان كان المسمى حلالا وجب ما سماه لانه مسمى صحيح في نكاح صحيح فوجب كتسمية المسلم، وان كان حراماً كالخمر والخنزير بطل ولم يحكم به لأن ما سماه لا يجوز ايجابه في الحكم ولا يجوز أن يكون صداقا لمسلمة ولا في نكاح مسلم ويجب مهر المثل ان كان بعد الدخول، ونصفه ان وقعت الفرقة قبل الدخول وهذا معنى قوله حيث أوجب ذلك. وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة ان كان صداقها خمراً أو خنزيراً معينين فليس لها الا ذلك، وان كانا غير معينين فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل استحساناً.

ولنا أن الخمر لا قيمة لها في الاسلام، فكان الواجب مهر المثل كما لو أصدقها خنزيراً، ولأنه محرم فأشبه ما ذكرنا.

(فصل) وان قبضت بعض الحرام دون بعض سقط من المهر بقدر ما قبض ووجب بحصة ما بقي من مهر المثل، فإن كان الصداق عشرة زقاق خمر متساوية فقبلت خمسا منها سقط نصف المهر ووجب لها نصف مهر المثل وان كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل في أحد الوجهين لانه اذا وجب اعتباره اعتبر بالكيل فيما له مثل يتأتى الكيل فيه

والثاني: يقسم على عددها لأنه لا قيمة لها فاستوى صغيرها وكبيرها، وان أصدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان، أحدهما: يقسم على عددها لما ذكرنا. والثاني: يعتبر قيمتها كأنها مما يجوز بيعه كما تقوم شجاج الحر كأنه عبد. وان أصدقها كلبا وخنزيراً وثلاثة زقاق خمر ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: يقسم على قدر قيمتها عندهم، والثاني: يقسم على عدد الاجناس فيجعل لكل جنس ثلث المهر، والثالث: يقسم على العدد كله فلكل واحد سدس المهر فللكلب سدسه ولكل واحد من الخنزيرين والزقاق سدسه ومذهب الشافعي فيه على نحو من هذا.

(فصل) فإن نكحها نكاحا فاسدا وهو ما لا يقرون عليه اذا أسلموا كنكاح ذوات الرحم المحرم فأسلما قبل الدخول أو ترافعوا الينا فرق بينهما

ولا مهر لها ، قال أحمد فى المجوسية تكون تحت أخيها أو أبيها فيطلقها أو يموت عنها ، فترفع الى المسلمين بطلب مهرها لا مهر لها ، وذلك لأنه نكاح باطل من أصله لا يقر عليه فى الاسلام وحصل فيه الفرقة قبل الدخول ؛ فأما ان دخل بها فهل يجب لها مهر المثل ؟ يخرج على الروايتين فى المسلم اذا وطىء امرأة من محارمه بشبهة .

( فصل ) اذا تزوج دمى ذمية على أن لا صداق لها أو سكت عن ذكره ، فلها المطالبة بفرضه ان كان قبل الدخول ، وان كان بعده فلها مهر المثل كما فى نكاح المسلمين ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : ان تزوجها على أن لا مهر لها فلا شىء لها ، وان سكت عن ذكره ففيه روايتان . احداهما : لا مهر لها ، والاخرى لها مهر المثل ، واحتج بأن المهر يجب لحق الله وحقها : وقد أسقطت حقها والذمى لا يطالب بحق الله تعالى .

ولنا أن هذا نكاح خلا عن تسمية فيجب للمرأة فيه مهر المثل كالمسلمة ، وانما وجب المهر فى حق المفوضة لئلا تصير كالموهوبة والمباحة ، وهذا يوجد فى حق الذمى .

( فصل ) اذا ارتفعوا الى الحاكم فى ابتداء العقد لم يزوجهم الا بشروط نكاح المسلمين لقول الله عز وجل ( وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط ) وقوله ( وأن احكم بينهم بما أنزل الله ) ولأنه لا حاجة الى عقده بخلاف ذلك وان أسلموا او ترافعوا الينا بعد العقد لم نتعرض لكيفية عقدهم ونظرنا فى الحال فإن كانت المرأة ممن يجوز عقد النكاح عليها ابتداء أقرهما ، وان كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كذوات محرمه فرق بينهما فان تزوج معتدة وأسلما أو ترافعا فى عدتها فرق بينهما ، لأنه لا يجوز ابتداء نكاحها . وان كان بعد انقضائها أقرا لجواز ابتداء نكاحها ، وان كان بينهما نكاح متعة لم يقرا عليه لأنه ان كان بعد المدة فلم يبق بينهما نكاح فإن كان فى المدة فهما لا يعتقدان تأبيده والنكاح عقد مؤبد الا أن يكونا ممن يعتقدا فساد الشرط وصحة النكاح مؤبداً فيقران عليه : وان كان بينهما نكاح شرط فيه الخيار متى شاء أو شاء أحدهما لم يقرا عليه لأنهما لا يعتقدان لزومه الا أن يعتقدا فساد الشرط وحده ، وان كان خيار مدة فأسلما فيها لم يقرا لذلك ،

وان كان بعدها أقرا لأنهما يعتقدان لزومه وكل ما اعتقدوه فهو نكاح يقرون عليه وما لا فلا ، فلو مهر حربي حربية فوطئها أو طاوعته ثم أسلما فان كان ذلك في اعتقادهم نكاحا أقرا عليه لانه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرا عليه كالنكاح بلا ولي ، وان لم يعتقداه نكاحا لم يقرا عليه .

( فصل ) وأنكحة الكفار تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والظهار والايلاء ووجوب المهر والقسم والاباحة للزوج الاول والاحصان وغير ذلك ، وممن أجاز طلاق الكفار عطاء والشعبي والنخعي والزهري وحماد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ولم يجوزه الحسن وقتادة وربيعة ومالك .

ولنا أنه طلاق من بالغ عاقل في نكاح صحيح فوقع كطلاق المسلم ، فان قيل لا نسلم صحة أنكحتهم ، قلنا دليل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء اليهم فقال ( وامرأته حمالة الحطب ) وقال ( وامرأة فرعون ) وحقيقة الاضافة تقتضي زوجية صحيحة ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ولدت من نكاح لا من سفاح » واذا ثبت صحتها ثبتت أحكامها كأنكحة المسلمين ، فعلى هذا اذا طلق الكافر ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج وأصابها ثم أسلما لم يقرا عليه ، وان طلق امرأته أقل من ثلاث ثم أسلما فهي عنده على ما بقي من طلاقها ، وان نكحها كتابي وأصابها حلت لمطلقها ثلاثا سواء كان المطلق مسلما أو كافراً ، وان ظاهر الذمي من امرأته ثم أسلما فعليه كفارة الظهار لقوله تعالى ( والذين يظاهرون من نسائهم ) وان آلى ثبت حكم الايلاء لقوله تعالى ( للذين يؤلون من نسائهم ) .

(فصل) ويحرم عليهم في النكاح ما يحرم على المسلمين على ما ذكرنا في الباب قبله الا أنهم يقرون على الانكحة المحرمة بشرطين : أحدهما : أن لا يترافعوا الينا ، والثاني : أن يعتقدوا اباحة ذلك في دينهم لان الله تعالى قال ( فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ، وان تعرض عنهم فلن يضروك شيئا ) فدل هذا على أنهم يخلون وأحكامهم اذا لم يجيئوا الينا ؛ ولان النبي (ص) أخذ الجزية من مجوس هجر ، ولم يعترض عليهم في أحكامهم ولا في أنكحتهم مع علمه أنهم

يستبيحون نكاح محارمهم ، وقد روى عن أحمد فى المجوسى تزوج نصرانية قال : يحال بينه وبينها، قيل من يحول بينهما ؟ قال الإمام ، قال أبو بكر لأن علينا ضرراً فى ذلك يعنى بتحريم أولاد النصرانيه علينا ، وهكذا يجىء على قوله فى تزويج النصرانى المجوسية ويجىء على هذا القول أن يحال بينهم وبين نكاح محارمهم ، فإن عمر رضى الله عنه كتب ، أن فرقوا بين كل محرم من المجوس ، وقال أحمد فى مجوسى ملك أمة نصرانية : يحال بينه وبينها ويجبر على بيعها لأن النصارى لهم دين ، فان ملك نصرانى مجوسية فلا بأس أن يطأها ، وقال أبو بكر عبد العزيز لا يجوز له وطؤها أيضا لما ذكرناه من الضرر .

« مسألة » قال ﴿ ولو تزوجها وهما مسلمان فارتدت قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها ، وان كان هو المرتد قبلها وقبل الدخول فكذلك إلا أن عليه نصف المهر ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح فى قول عامة أهل العلم إلا أنه حكى عن داود أنه لا ينفسخ بالردة لأن الأصل بقاء النكاح

ولنا قول الله تعالى ( ولا تمسكوا بعصم الكوافر ) وقال تعالى ( فلا ترجعوهن إلى الكفار لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن ) ولأنه اختلاف دين يمنع الاصابة فأوجب فسخ النكاح كما لو أسلمت تحت كافر ، ثم ينظر فان كانت المرأة هى المرتدة فلا مهر لها لأن الفسخ من قبلها ، وان كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر لأن الفسخ من جهته ، فأشبه ما لو طلق ، وان كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل .

« مسألة » قال ﴿ وإن كانت ردتها بعد الدخول فلا نفقة لها ، وإن لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها ولو كان هو المرتد فلم يعد إلى الاسلام حتى انقضت عدتها انفسخ النكاح منذ اختلف الدينان ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافها فيما إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين ، ففى إحداهما تتعجل الفرقة ، وهو قول أبى حنيفة ومالك ، روى ذلك عن الحسن وعمر بن عبدالعزيز والثورى وزفر

وأبي ثور وابن المنذر لأن ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده كالرضاع : والثانية : يقف على انقضاء العدة فان أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح ، وان لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان ، وهذا مذهب الشافعي لأنه لفظ تقع به الفرقة ، فاذا وجد بعد الدخول جاز أن يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعي أو اختلاف دين بعد الاصابة فلا يوجب فسخه فى الحال كاسلام الحربية تحت الحربي ، وقياسه على إسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع .

فأما النفقة فان قلنا بتعجيل الفرقة فلا نفقة لها لأنها بائن منه ، وإن قلنا يقف على انقضاء العدة وكانت المرأة المرتدة فلا نفقه لها لانه لا سبيل للزوج إلى رجعتها وتلافى نكاحها فلم يكن لها نفقة كما بعد العدة ، وان كان هو المرتد فعليه النفقة للعدة لانه بسبيل من الاستمتاع بها بأن تسلم ويمكنه تلافى نكاحها فكانت النفقة واجبة عليه كزوج الرجيعة .

( فصـــل )

فان ارتد الزوجان معاً فحكمهما حكم ما لو ارتد أحدهما . إن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة ، وان كان بعده فهل تتعجل أو يقف على انقضاء العدة ؟ على روايتين وهذا مذهب الشافعي .

قال أحمد فى رواية ابن منصور : اذا ارتدا معا أو أحدهما ثم تابا أو تاب فهو احق بها مالم تنقض العدة ، وقال ابو حنيفة . لا ينفسخ النكاح استحسانا لأنه لم يختلف بهما الدين فأشبه ما لو اسلما .

ولنا انها ردة طارئه على النكاح فوجب ان يتعلق بها فسخه ، كما لو ارتد احدهما ولأن كل ما زال عنه ملك المرتد اذا ارتد وحده زال اذا ارتد غيره معه كماله ، وما ذكروه يبطل بما اذا انتقل المسلم واليهودية الى دين النصرانية فان نكاحهما ينفسخ وقد انتقلا الى دين واحد ، واما اذا اسلما فقد انتقلا الى دين الحق ويقران عليه بخلاف الردة .

( فصل ) واذا ارتد احد الزوجين او ارتدا معا منع وطأها ، فان وطئها فى عدتها وقلنا أن الفرقة تعجلت فلها عليه مهر مثلها لهذا الوطء مع الذى يثبت عليه

بالنكاح لأنه وطىء أجنبية فيكون عليه مهر مثلها ، وإن قلنا إن الفرقة موقوفة على انقضاء العدة فإن أسلم المرتد منهما أو أسلما جميعا فى عدتها وكانت الردة منهما فلا مهر لها عليه بهذا الوطء لأنا تبينا أن النكاح لم يزل وأنه وطئها وهى زوجته وان ثبتا أو ثبت المرتد منهما على الردة حتى انقضت عدتها فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء لانه وطء فى غير نكاح يشبه النكاح لأننا تبينا أن الفرقة وقعت منذ اختلف الدينان . وهكذا الحكم فيما إذا أسلم أحد الزوجين بعد الدخول فوطئها فى العدة قبل اسلام الآخر ، فالحكم فيه مثل الحكم ههنا لما ذكرنا من التعليل فيه .

( فصل ) وإذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت فإن لم يسلم الآخر فى العدة تبينا أن وقوع الفرقة كان منذ اختلف الدينان وعدتها من حين أسلم المسلم منهما وان أسلم الاخر منهما فى العدة قبل ارتداد الأول اعتبر ابتداء العدة من حين ارتد لأن حكم اختلاف الدين بإسلام الأول زال بإسلام الثانى فى العدة ، ولو أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه ثم ارتد لم يكن له أن يختار منهن لانه لا يجوز أن يبتدىء العقد عليهن فى هذه الحال وكذلك لو ارتددن دونه أو معه لم يكن له أن يختار منهن لذلك .

( فصل ) فإذا تزوج الكافر بمن لا يقر على نكاحه فى الإسلام مثل أن جمع بين الاختين أو بين عشر نسوة أو نكح معتدة أو مرتدة ثم طلقها ثلاثا ثم أسلما لم يكن له أن ينكحها لأننا أجرينا أحكامهم على الصحة فيما يعتقدونه فى النكاح فكذلك فى الطلاق ، ولهذا جاز له إمساك الثانية من الأختين والخامسة المعقود عليها آخراً .

( مسألة ) قال ( وإذا زوجه وليته على أن يزوجه الاخر وليته فلا نكاح بينهما وان سموا مع ذلك صداقا أيضا )

هذا النكاح يسمى الشغار ، فقيل إنما سمى شغاراً لقبحه تشبيها برفع الكلب رجله ليبول فى القبح، يقال شغر الكلب إذا رفع رجله ليبول ، وحكى عن الاصمعى أنه قال : الشغار الرفع فكأن كل واحد منهما رفع رجله للآخر عما يريد ، ولا تختلف الرواية عن أحمد فى أن نكاح الشغار فاسد رواه عنه جماعة .

قال أحمد : وروى عن عمر وزيد بن ثابت أنهما فرقا فيه ، وهو قول مالك والشافعي ، وحكى عن عطاء وعمرو بن دينار ومكحول والزهري والثوري أنه يصح وتفسد التسمية ويجب مهر المثل لأن الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد كما لو تزوج على خمر أو خنزير وهذا كذلك .

ولنا ما روى ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار » متفق عليه ، وروى أبو هريرة مثله أخرجه مسلم ، وروى الأثرم بإسناده عن عمران بن حصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام » ولأنه جعل كل واحد من العقدين سلفا في الآخر فلم يصح كما لو قال بعني ثوبك على أن أبيعك ثوبي .

وقولهم : إن فساده من قبل التسمية ، قلنا لا بل افساده من جهة أنه وقفه على شرط فاسد أو لأنه شرط تمليك البضع لغير الزوج فإنه جعل تزويجه إياها مهراً للأخرى فكان ملكه إياه بشرط انتزاعه منه ، إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يقول على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى أو لم يقل ذلك .

وقال الشافعي : هو أن يقول ذلك ولا يسمي لكل واحدة صداقا ، لما روى ابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار ، والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ويكون بضع كل واحدة منهما مهر الأخرى »

ولنا ما روى ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق » هذا لفظ الحديث الصحيح المتفق عليه .

وفي حديث أبي هريرة « والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي أو زوجني أختك وأزوجك أختي » رواه مسلم ، وهذا يجب تقديمه لصحته وعلى أنه قد أمكن الجمع بينهما بأن يعمل بالجميع ويفسد النكاح بأي ذلك كان ، ولأنه إذا شرط في نكاح إحداهما تزويج الأخرى فقد جعل بضع كل واحدة صداق الأخرى ففسد كما لو لفظ به ، فأما ان سموا مع ذلك صداقا فقال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة أو مهر ابنتي مائة ومهر ابنتك خمسون أو أقل أو أكثر فالمنصوص عن أحمد فيما وقفنا عليه صحته

وهو قول الشافعي ، لما تقدم من حديث ابن عمر ، ولأنه قد سمي صداقا فصح كما لو لم يشترط ذلك .

وقال الخرقي : لا يصح لحديث أبي هريرة ولما روى أبو داود عن الأعرج ، أن العباس بن عبيد الله بن العباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبد الرحمن ابنته وكانا جعلا صداقا فكتب معاوية إلى مروان فأمره أن يفرق بينهما ، وقال في كتابه : هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولانه شرط نكاح إحداهما لنكاح الأخرى فلم يصح كما لو يسميا صداقا ، يحققه أن عدم التسمية ليس بمفسد للعقد ، بدليل نكاح المفوضة فدل على أن المفسد هو الشرط وقد وجد ولأنه سلف في عقد فلم يصح كما لو قال بعتك ثوبي بعشرة على أن تبيعني ثوبك بعشرين ، وهذا الاختلاف فيما اذا لم يصرح بالتشريك ، فأما اذا قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة وبضع الاخرى فالنكاح فاسد لأنه صرح بالتشريك فلم يصح العقد كما لو لم يذكر مسمى .

( فصل )

ومتى قلنا بصحة العقد اذا سميا صداقا ففيه وجهان . أحدهما : تفسد التسمية ويجب مهر المثل ، وهذا قول الشافعي ، لأن كل واحد منهما لم يرض بالمسمى الا بشرط أن يزوج وليه صاحبه فينقص المهر لهذا الشرط وهو باطل ، فإذا احتجنا الى ضمان النقص صار المسمى مجهولا فبطل ، والوجه الذي ذكره القاضي في الجامع أنه يجب المسمى لأنه ذكر قدراً معلوماً يصح أن يكون مهراً فصح كما لو قال زوجتك ابنتي على ألف على أن لي منها مائة والله أعلم .

( فصل ) وان سمي لاحداهما مهراً دون الأخرى فقال أبو بكر يفسد النكاح فيهما لانه فسد في احداهما ففسد في الاخرى والأولى أنه يفسد في التي لم يسم لها صداقا لان نكاحها خلا من صداق سوى نكاح الاخرى ويكون في التي سمي لها صداقا روايتان ، لأن فيه تسمية وشرطا ، فأشبه ما لو سمي لكل واحدة منهما مهراً ذكره القاضي هكذا .

( فصل ) فإن قال زوجتك جاريتي هذه على أن تزوجني ابنتك وتكون رقبتها صداقا لابنتك لم يصح تزويج الجارية في قياس المذهب لانه لم يجعل لها صداقا

سوى تزويج ابنته ، وإذا زوجه ابنته على أن يجعل رقبة الجارية صداقا لها صح ، لأن الجارية تصلح أن تكون صداقا ، وإن زوج عبده امرأة وجعل رقبته صداقا لها لم يصح الصداق لأن ملك المرأة زوجها يمنع صحة النكاح فيفسد الصداق ويصح النكاح ويجب مهر المثل .

« مسألة » قال رحمه الله تعالى ﴿ ولا يجوز نكاح المتعة ﴾

معنى نكاح المتعة أن يتزوج المرأة مدة ، مثل أن يقول زوجتك ابنتى شهراً أوسنة أوإلى انقضاء الموسم أوقدوم الحاج وشبهه، سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة فهذا نكاح باطل ، نص عليه أحمد فقال : نكاح المتعة حرام .

وقال أبو بكر : فيها رواية أخرى أنها مكروهة غير حرام ، لأن ابن منصور سأل أحمد عنها ؟ فقال : يجتنبها أحب إلى ، قال فظاهر هذا الكراهة دون التحريم وغير أبي بكر من أصحابنا يمنع هذا ويقول فى المسألة رواية واحدة فى تحريمها ، وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء .

وممن روى عنه تحريمها عمر وعلى وابن عمر وابن مسعود وابن الزبير : قال ابن عبد البر : وعلى تحريم المتعة مالك وأهل المدينة وأبو حنيفة فى أهل الكوفة والأوزاعى فى أهل الشام والليث فى أهل مصر والشافعى وسائر أصحاب الآثار، وقال زفر يصح النكاح ويبطل الشرط

وحكى عن ابن عباس أنها جائزة وعليه أكثر أصحابه عطاء وطاوس . وبه قال ابن جريج . وحكى ذلك عن أبي سعيد الخدرى وجابر . وإليه ذهب الشيعة لأنه قد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أذن فيها ، وروى أن عمر قال « متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أفانهى عنهما وأعاقب عليهما ؟ متعة النساء ومتعة الحج . ولأنه عقد على منفعة فيكون مؤقتا كالاجارة .

ولنا ما روى الربيع بن سبرة أنه قال « أشهد على أبي أنه حدث ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنه فى حجة الوداع، وفى لفظ « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم متعة النساء » رواه ابو داود . وفى لفظ رواه ابن ماجه « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم المتعة فقال : ياايها الناس انى كنت اذنت لكم فى الاستمتاع .

ألا وإن الله قد حرمها إلى يوم القيامة » وروى عن على بن ابى طالب رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الأهلية » رواه مالك فى الموطأ ، وأخرجه الأئمة النسائى وغيره . واختلف أهل العلم فى الجمع بين هذين الخبرين ، فقال قوم فى حديث على تقديم وتأخير ، وتقديره أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر ونهى عن متعة النساء ولم يذكر ميقات النهى عنها ، وقد بينه الربيع بن سبرة فى حديثه أنه كان فى حجة الوداع ، حكاه الإمام أحمد عن قوم . وذكره ابن عبد البر . وقال الشافعى: لا أعلم شيئا أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه إلا المتعة ، فحمل الامر على ظاهره وان النبي صلى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر ثم أباحها فى حجة الوداع ثلاثة أيام ثم حرمها ، ولأنه لا تتعلق به أحكام النكاح من الطلاق والظهار واللعان والتوارث فكان باطلا كسائر الانكحة الباطلة . وأما قول ابن عباس فقد حكى عنه الرجوع عنه . وروى أبو بكر باسناده عن سعيد بن جبير قال . قلت لابن عباس لقد كثرت القالة فى المتعة حتى قال فيها الشاعر :

أقول وقد طال الثواء بنا معا ... يا صاح هل لك فى فتيا ابن عباس؟
هل لك فى رخصة الاطراف آنسة ... تكون مثواك حتى مصدر الناس

فقام خطيبا وقال « إن المتعة كالميتة والدم ولحم الخنزير » فأما اذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها فقد ثبت نسخه . وأما حديث عمر — ان صح عنه — فالظاهر انه انما قصد الاخبار عن تحريم النبي صلى الله عليه وسلم لها ونهيه عنها ، اذ لا يجوز ان ينهى عما كان النبى صلى الله عليه وسلم أباحه وبقى على اباحته .

## فصــل

وان تزوجها بغير شرط الا أن فى نيته طلاقها بعد شهر أو اذا انقضت حاجته فى هذا البلد فالنكاح صحيح فى قول عامة أهل العلم الا الأوزاعى قال هو نكاح متعة ، والصحيح انه لا بأس به ولا تضر نيته ، وليس على الرجل ان ينوى حبس امرأته ، وحسبه ان وافقته والا طلقها

« مسألة » قال ( ولو تزوجها على ان يطلقها فى وقت بعينه لم ينعقد النكاح )

يعنى اذا تزوجها بشرط ان يطلقها فى وقت معين لم يصح النكاح ، سواء كان معلوماً أو مجهولا ، مثل أن يشترط عليه طلاقها ان قدم أبوها أو أخوها ، وقال ابو حنيفة : يصح النكاح ويبطل الشرط ، وهو أظهر قولى الشافعى ، قاله فى عامة كتبه لان النكاح وقع مطلقا ، وانما شرط على نفسه شرطا ، وذلك لا يؤثر فيه كما لو شرط أن لا يتزوج عليها ولا يسافر بها

ولنا أن هذا شرط مانع من بقاء النكاح فأشبه نكاح المتعة ، ويفارق ما قاسوا عليه فانه لم يشترط قطع النكاح

« مسألة » قال ( وكذلك ان شرط عليه ان يحلها لزوج كان قبله )

وجملته أن نكاح المحلل حرام باطل فى قول عامة أهل العلم ، منهم الحسن والنخعى وقتادة ومالك والليث والثورى وابن المبارك والشافعى ، وسواء قال زوجتكها الى ان تطأها ، او شرط انه اذا أحلها فلا نكاح بينهما ، او انه اذا أحلها للأول طلقها . وحكى عن ابى حنيفة انه يصح النكاح ويبطل الشرط . وقال الشافعى فى الصورتين الأولتين لا يصح ، وفى الثالثة على قولين

ولنا ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال « لعن الله المحلل والمحلل له » رواه ابو داود وابن ماجه والترمذى ، وقال حديث حسن صحيح والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب النبى ( ص ) منهم عمر بن الخطاب وعثمان وعبد الله بن عمر وهو قول الفقهاء من التابعين . وروى ذلك عن على وابن مسعود وابن عباس ، وقال ابن مسعود « المحلل والمحلل له ملعون على لسان محمد صلى الله عليه وسلم »

وروى ابن ماجه عن عقبة بن عامر ان النبى ( ص ) قال « ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ قالوا بلى يا رســـول الله ، قال هو المحلل . لعن الله المحلل والمحلل له » وروى الاثرم باسناده عن قبيصة بن جابر قال : سمعت عمر وهو يخطب الناس وهو يقول « والله لا أوتى بمحل ولا محل له الا رجمتهما » ولأنه نكاح الى مدة أو فيه شرط يمنع بقاءه فأشبه نكاح المتعة

( فصــــل )

فإن شرط عليه التحليل قبل العقد ولم يذكره فى العقد ونواه فى العقد أو نوى التحليل من غير شرط فالنكاح باطل أيضا .

قال اسماعيل بن سعيد : سألت احمد عن الرجل يتزوج المرأة وفى نفسه أن يحلها لزوجها الأول ولم تعلم المرأة بذلك ؟ قال هو محلل ، إذا أراد بذلك الاحلال فهو ملعون . وهذا ظاهر قول الصحابة رضى الله عنهم . وروى نافع عن ابن عمر « أن رجلا قال له : امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم يأمرنى ولم يعلم . قال لا . إلا نكاح رغبة ، إن أعجبتك أمسكها وإن كرهتها فارقها . قال : وإن كنا نعده على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم سفاحا . وقال : لا يزالان زانيين وان مكثا عشرين سنة ، إذا علم أنه يريد ان يحلها . وهذا قول عثمان رضى الله عنه .

وجاء رجل الى ابن عباس فقال له : إن عمى طلق امرأته ثلاثا أيحلها له رجل ؟ قال « من يخادع الله يخدعه » وهذا قول الحسن والنخعى والشعبي وقتادة وبكر المزنى والليث ومالك والثورى وإسحاق . وقال أبو حنيفة والشافعى : العقد صحيح . وذكر القاضى فى صحته وجها مثل قولهما ، لأنه خلا عن شرط يفسده ، فأشبه مالو نوى طلاقها لغير الإحلال ، أو مالو نوت المرأة ذلك ، ولأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد ، بدليل مالو اشترى عبداً فشرط أن يبيعه لم يصح ، ولو نوى ذلك لم يبطل . ولأنه روى عن عمر رضى الله عنه مايدل على إجازته .

وروى أبو حفص بإسناده عن محمد بن سيرين قال « قدم مكة رجل ومعه اخوة له صغار وعليه إزار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة ، فسأل عمر فلم يعطه شيئا فبينما هو كذلك اذ نزغ الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها ، فقال لها : هل لك أن تعطى ذا الرقعتين شيئا ويحلك لى ؟ قالت نعم إن شئت ؛ فأخبروه بذلك . قال نعم . وتزوجها ودخل بها . فلما أصبحت أدخلت إخوته الدار ، فجاء القرشى يحوم حول الدار ويقول : ياويله غلب على امرأته ، فأتى عمر فقال : ياأمير المؤمنين غلبت على امرأتى . قال من غلبك ؟ قال ذو الرقعتين . قال أرسلوا اليه ، فلما جاءه الرسول ، قالت له المرأة : كيف موضعك من قومك ؟ قال ليس بموضعى بأس . قالت ان أمير المؤمنين يقول لك طلق امرأتك ، فقل لا والله لا أطلقها

فإنه لايكرهك ، وألبسته حلة فلما رآه عمر من بعيد قال الحمد لله الذى رزق ذا الرقعتين فدخل عليه فقال : أتطلق امرأتك ؟ قال لا والله لا أطلقها : قال عمر : لو طلقتها لأوجعت رأسك بالسوط ، رواه سعيد عن هشيم عن يونس بن عبيد عن ابن سيرين نحواً من هذا وقال من أهل المدينة ، وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد ؛ ولم ير به عمر بأسا .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لعن الله المحلل والمحلل له » وقول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم فيكون اجماعاً ، ولأنه قصد به التحليل ، فلم يصح كما لو شرطه

وأما حديث ذى الرقعتين فقال أحمد : ليس له اسناد ، يعنى أن ابن سيرين لم يذكر اسناده الى عمر .

وقال أبو عبيد : هو مرسل فأين هو من الذى سمعوه يخطب به على المنبر « لا أوتى بمحلل ولا محلل له الا رجمتهما » ؟ ولأنه ليس فيه أن ذا الرقعتين قصد التحليل ولا نواه ، واذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع

( فصـــل )

فإن شرط عليه أن يحلها قبل العقد فنوى بالعقد غير ما شرطوا عليه وقصد نكاح رغبة ، صح العقد لانه خلا عن نية التحليل وشرطه فصح ، كما لو لم يذكر ذلك ، وعلى هذا يحمل حديث ذى الرقعتين . وان قصدت المرأة التحليل أو وليها دون الزوج لم يؤثر ذلك فى العقد

وقال الحسن وابراهيم : اذا هم أحد الثلاثة فسد النكاح

قال أحمد : كان الحسن وابراهيم والتابعون يشددون فى ذلك قال أحمد : الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم « أتريدين ان ترجعى الى رفاعة؟» ونية المرأة ليس بشىء ، انما قال النبي صلى الله عليه وسلم « لعن الله المحلل والمحلل له » ولأن العقد انما يبطل بنية الزوج ، لأنه الذى اليه المفارقة والامساك ، أما المرأة فلا تملك رفع العقد ، فوجود نيتها وعدمها سواء ، وكذلك الزوج الأول لا يملك شيئا من العقد ولا من رفعه ، فهو أجنبي كسائر الاجانب

فإن قيل : كيف لعنه النبي صلى الله عليه وسلم؟ قلنا : إنما لعنه إذا رجع إليها بذلك التحليل لانها لم تحل له ، فكان زانيا فاستحق اللعنة لذلك .

( فصل ) فإن اشترى عبداً فزوجها إياه ثم وهبها إياه لينفسخ النكاح بملكها له لم يصح ، قال أحمد فى رواية حنبل : إذا طلقها ثلاثا وأراد أن يراجعها فاشترى عبداً فأعتقه وزوجها إياه فهذا الذى نهى عنه عمر يؤدبان جميعا : وهذا فاسد ليس بكفء وهو شبه المحلل ، وعلل أحمد فساده بشيئين .

أحدهما : شبهه بالمحلل لأنه إنما زوجه إياها ليحلها له .

الثانى : كونه ليس بكفء لها وتزويجه لها فى حال كونه عبداً أبلغ فى هذا المعنى لأن العبد فى عدم الكفاءة أشد من المولى ، والسيد له سبيل إلى إزالة نكاحه من غير ارادته بأن يهبه للمرأة فينفسخ نكاحه بملكها اياه والمولى بخلاف ذلك ، ويحتمل أن يصح النكاح اذا لم يقصد العبد التحليل لأن المعتبر فى الفساد نية الزوج ، لا نية غيره ولم ينو ، واذا كان مولى ولم ينو التحليل فهو أولى بالصحة ، لأنه لا سبيل لمعتقه الى فسخ نكاحه ولا عبرة بنيته .

( فصل ) ونكاح المحلل فاسد يثبت فيه سائر أحكام العقود الفاسدة ولا يحصل به الاحصان ، ولا الإباحة للزوج الأول ، كما لا يثبت فى سائر العقود الفاسدة .

فإن قيل : فقد سماه النبي صلى الله عليه وسلم محللا ، وسمى الزوج محللا له : ولو لم يحصل الحل لم يكن محللا ولا محللا له ، قلنا : انما سماه محللا لانه قصد التحليل فى موضع لا يحصل فيه الحل ، كما قال (ص) « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » وقال الله تعالى ( يحلونه عاما ويحرمونه عاما ) ولو كان محللا فى الحقيقة والآخر محللا له ، لم يكونا ملعونين .

« مسألة » قال رحمه الله ﴿ واذا عقد المحرم نكاحا لنفسه أو لغيره ؛ أو عقد نكاحا لمحرم أو على محرمة ، فالنكاح فاسد ﴾

وجملته أن المحرم اذا تزوج لنفسه أو عقد النكاح لغيره ، ككونه وليا أو وكيلا ، فإنه لا يصح لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب » رواه مسلم . وان عقد الحلال نكاحا لمحرم بأن يكون وكيلا له

أو وليا عليه ، أو عقده على محرمة لم يصح لدخوله فى عموم الحديث لأنه اذا تزوج له وكيله فقد نكح ، وحكى القاضى فى كون المحرم وليا لغيره روايتين . احداهما : لا تصح وهى اختيار الخرقى . والثانية : تصح ، وهى اختيار أبى بكر ، لأن النكاح حرم على المحرم لأنه فى دواعى الوطء المفسد للحج . ولا يحصل ذلك فيه بكونه وليا لغيره . والأول أولى لدخوله فى عموم الخبر ، ولأنه عقد لا يصح للمحرم ، فلا يصح منه كشراء الصيد ، وقد مضت هذه المسألة فى الحج بأبسط من هذا الشرح .

« مسألة » قال رحمه الله ( وأى الزوجين وجد بصاحبه جنونا أو جذاما أو برصا ، أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو عفلاء أو فتقاء ، أو الرجل مجنونا ، فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار فى فسخ النكاح )

الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة ، الأول : أن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجده فى صاحبه فى الجملة ، روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس ، وبه قال جابر والشافعى واسحاق . وروى عن على « لا ترد الحرة بعيب » وبه قال النخعى والثورى وأصحاب الرأى ، وعن ابن مسعود « لا ينفسخ النكاح بعيب » وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، الا أن يكون الرجل مجبوبا أو عنينا فإن للمرأة الخيار ، فإن اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطلقة ولا يكون فسخا لأن وجود العيب لا يقتضى فسخ النكاح كالعمى والزمانة وسائر العيوب .

ولنا أن المختلف فيه عيب يمنع الوطء ، فأثبت الخيار كالجب والعنة ، ولأن المرأة أحد العوضين فى النكاح فجاز رده بالعيب كالصداق أو أحد العوضين فى عقد النكاح فجاز رده بالعيب أو أحد الزوجين ، فثبت له الخيار بالعيب فى الآخر كالمرأة ، وأما غير هذه العيوب فلا يمنع المقصود بعقد النكاح وهو الوطء بخلاف العيوب المختلف فيها ، فإن قيل : فالجنون والجذام والبرص لا يمنع الوطء : قلنا : بل يمنعه ، فإن ذلك يوجب نفرة تمنع قربانه بالكلية ومسه ، ويخاف منه التعدى الى نفسه ونسله ، والمجنون يخاف منه الجناية فصار كالمانع الحسى .

## الفصل الثانى فى عدد العيوب المجوزة للفسخ

وهى فيما ذكر الخرقى ثمانية ، ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهى الجنون والجذام والبرص ، واثنان يختصان الرجل وهما الجب والعنة ، وثلاثه تختص بالمرأة وهى الفتق والقرن والعفل ، وقال القاضى : هى سبعة جعل القرن والعفل شيئا واحدا وهو الرتق أيضا وذلك لحم ينبت فى الفرج ، وحكى ذلك عن أهل الادب ، وحكى نحوه عن أبى بكر ، وذكره أصحاب الشافعى ، وقال الشافعى القرن عظم فى الفرج يمنع الوطء ، وقال غيره لا يكون فى الفرج عظم انما هو لحم ينبت فيه .

وحكى عن أبى حفص أن العفل كالرغوة فى الفرج يمنع لذة الوطء ، فعلى هذا يكون عيبا ناميا ، وقال أبو الخطاب الرتق أن يكون الفرج مسدودا يعنى أن يكون ملتصقا لا يدخل الذكر فيه ، والقرن والعفل لحم ينبت فى الفرج فيسده فهما فى معنى الرتق الا أنهما نوع آخر ، وأما الفتق فهو انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المنى ، وقيل ما بين القبل والدبر ، وذكرها أصحاب الشافعى سبعة أسقطوا منها الفتق ومنهم من جعلها ستة جعل القرن والعفل شيئا واحدا ، وانما اختص الفسخ بهذه العيوب لانها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح فان الجذام والبرص يثيران نفرة فى النفس تمنع قربانه ويخشى تعديه الى النفس والنسل فيمنع الاستمتاع ، والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره والجب والرتق يتعذر معه الوطء والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته ، وكذلك العفل على قول من فسره بالرغوة فان اختلفا فى وجود العيب مثل أن يكون بجسده بياض يمكن أن يكون بهقا أو مرارا واختلفا فى كونه برصا أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين فاختلفا فى كونه جذاما فان كانت للمدعى بينة من أهل الخبرة والثقة يشهدان له بما قال ثبت قوله والا حلف المنكر والقول قوله لقول النبى صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه » وان اختلفا فى عيوب النساء أريت النساء الثقات ويقبل فيه قول امرأة واحدة فان شهدت بما قال الزوج والا فالقول قول المرأة ، وأما الجنون فانه يثبت الخيار سواء كان مطبقا أو كان يجن فى الاحيان لان النفس لا تسكن الى من هذا حاله الا أن يكون مريضا يغمى عليه ثم يزول فذلك مرض لا يثبت به خيار

فإن زال المرض ودام به الاغماء فهو كالجنون يثبت به الخيار ، وأما الجب فهو أن يكون جميع ذكره مقطوعا أو لم يبق منه إلا ما لا يمكن الجماع به ، فإن بقي منه ما يمكن الجماع به ويغيب منه فى الفرج قدر الحشفة فلا خيار لها لأن الوطء يمكن ، وإن اختلفا فى ذلك فالقول قول المرأة لأنه يضعف بالقطع والأصل عدم الوطء ويحتمل أن القول قوله كما لو ادعى الوطء فى العنة ، ولأن له ما يمكن الجماع بمثله فأشبه من له ذكر قصير .

الفصل الثالث : أنه لا يثبت الخيار لغير ما ذكرناه لأنه لا يمنع من الاستمتاع بالمعقود عليه ولا يخشى تعديه فلم ينفسخ به النكاح كالعمى والعرج ، ولأن الفسخ انما يثبت بنص أو اجماع أو قياس ولا نص فى غير هذا ولا اجماع ولا يصح قياسها على هذه العيوب لما بينها من الفرق ، وقال أبو بكر وأبو حفص اذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاؤه فللآخر الخيار ، قال أبو الخطاب : ويتخرج على ذلك من به الباسور والناسور والقروح السيالة فى الفرج لانها تثير نفرة وتتعدى نجاستها وتسمى من لا يحبس نجوها الشريم ومن لا يحبس بولها المشوله ومثلها من الرجال الافين ، وقال أبو حفص والخصاء عيب يرد به وهو أحد قولى الشافعى ، لأن فيه نقصا وعارا ويمنع الوطء أو يضعفه .

وقد روى أبو عبيد باسناده عن سليمان بن يسار ، أن ابن سندر تزوج امرأة وهو خصى فقال له عمر أعلمتها ؟ قال لا ، قال أعلمها ثم خيرها ، وفى البخر وكون أحد الزوجين خنثى وجهان .

أحدهما : يثبت الخيار لان فيه نفرة ونقصا وعارا والبخر نتن الفم ، وقال ابن حامد هو نتن فى الفرج يثور عند الوطء وهذا ان أراد به أنه يسمى أيضاً بخرا ويثبت الخيار ، والا فلا معنى له فان نتن الفم يسمى بخرا ويمنع مقاربة صاحبه الا على كره وما عدا هذا فلا يثبت الخيار وجها واحدا كالقرع والعمى والعرج وقطع اليدين والرجلين لانه لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه ، ولا نعلم فى هذا بين أهل العلم خلافا الا أن الحسن قال . اذا وجد الآخر عقيما يخير واحب أحمد تبيين أمره وقال عسى امرأته تريد الولد ، وهذا فى ابتداء النكاح

فأما الفسخ فلا يثبت به ولو ثبت بذلك لثبت فى الآيسة ، ولأن ذلك لا يعلم فإن رجالا لا يولد لأحدهم وهو شاب ثم يولد له وهو شيخ فلا يتحقق ذلك منها ، وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندهم والله أعلم .

الفصل الرابع : أنه إذا أصاب أحدهما بالآخر عيباً وبه عيب من غير جنسه كالأبرص يجد المرأة مجنونة أو مجذومة فلكل واحد منهما الخيار لوجود سببه إلا أن يجد المجبوب المرأة رتقاء فلا ينبغى أن يثبت لهما الخيار لأن عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع وإنما امتنع لعيب نفسه ، وإن وجد أحدهما بصاحبه عيبا به مثله ففيه وجهان .

أحدهما : لا خيار لهما لأنهما متساويان ولا مزية لأحدهما على صاحبه فأشبها الصحيحين .

والثانى : له الخيار لوجود سببه فأشبه ما لو غر عبد بأمة .

(فصل) وإن حدث العيب بأحدهما بعد العقد ففيه وجهان ، أحدهما : يثبت الخيار وهو ظاهر قول الخرقى لأنه قال : فإن جب قبل الدخول فلها الخيار فى وقتها لأنه عيب فى النكاح يثبت الخيار مقارنا فأثبته طارئا كالإعسار وكالرق فإنه يثبت الخيار إذا قارن ، مثل أن تغر الامة من عبد ويثبته إذا طرأت الحرية مثل أن أعتقت الامة تحت العبد ، ولانه عقد على منفعة فحدوث العيب بها يثبت الخيار كالإجارة ، والثانى : لا يثبت الخيار ، وهو قول أبى بكر وابن حامد ، ومذهب مالك ، لانه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد ، أشبه الحادث بالمبيع ، وهذا ينتقض بالعيب الحادث فى الإجارة ، وقال أصحاب الشافعى إن حدث بالزوج ثبت الخيار ، وان حدث بالمرأة فكذلك فى أحد الوجهين والآخر لا يثبته لان الرجل يمكنه طلاقها بخلاف المرأة .

ولنا أنهما تساويا فيما إذا كان العيب سابقا فتساويا فيه لاحقا كالمتبايعين .

( فصل ) ومن شرط ثبوت الخيار بهذه العيوب : أن لا يكون عالما بها وقت العقد ولا يرضى بها بعده ، فإن علم بها فى العقد أو بعده فرضى فلا خيار له ، لا نعلم فيه خلافا لانه رضى به فأشبه مشترى المعيب ، وإن ظن العيب يسيراً فبان كثيرا كمن ظن أن البرص فى قليل من جسده فبان فى كثير منه فلا خيار له أيضاً لانه

من جنس ما رضي به ، وإن رضي به به فبان به غيره فله الخيار لأنه وجد به عيبا لم يرض به ولا بجنسه فثبت له الخيار كالمبيع إذا رضي بعيب فيه فوجد به غيره ، وإن رضي بعيب فزاد بعد العقد كأن كان به قليل من البرص فانبسط في جلده فلا خيار له لأن رضاه به رضي بما يحدث منه .

( فصل ) وخيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط مالم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول والاستمتاع من الزوج أو التمكين من المرأة ، هذا ظاهر كلام الخرقي ، لقوله : فإن علمت أنه عنين فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك ، وذكر القاضي أنه على الفور . وهو مذهب الشافعي ، فتى أخر الفسخ مع العلم والامكان بطل خياره لأنه خيار الرد بالعيب فكان على الفور كالذي في البيع

ولنا أنه خيار له لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كخيار القصاص ، وخيار العيب في المبيع يمنعه ، ثم الفرق بينهما أن ضرره في المبيع غير متحقق لأنه قد يكون المقصود ماليته أو خدمته ويحصل ذلك مع عيبه ، وههنا المقصود الاستمتاع ويفوت ذلك بعيبه ؛ وأما خيار المجبرة والشفعة والمجلس فهو لدفع ضرر غير متحقق

( فصل ) ويحتاج الفسخ الى حكم حاكم لأنه مجتهد فيه فهو كفسخ العنة والفسخ للاعسار بالنفقة ، ويخالف خيار المعتقة فإنه متفق عليه .

« مسألة » قال ( وإذا فسخ قبل المسيس فلا مهر ، وان كان بعده وادعى أنه ما علم حلف وكان له أن يفسخ وعليه المهر يرجع به على من غره )

الكلام في هذه المسألة في فصول أربعة :

أحدها : أن الفسخ إذا وجد قبل الدخول فلا مهر لها عليه سواء كان من الزوج أو المرأة وهذا قول الشافعي لأن الفسخ إن كان منها فالفرقة من جهتها فسقط مهرها كما لو فسخه برضاع زوجة له أخرى ؛ وان كان منه فإنما فسخ لعيب بها دلسته بالاخفاء فصار الفسخ كأنه منها .

فإن قيل : فهلا جعلتم فسخها لعيب كأنه منه لحصوله بتدليسه ؟ قلنا : العوض من الزوج في مقابلة منافعها فإذا اختارت فسخ العقد مع سلامة ما عقدت عليه

رجع العوض إلى العاقد معها وليس من جهتها عوض في مقابلة منافع الزوج ، وإنما ثبت لها الخيار لأجل ضرر يلحقها لا لتعذر مااستحقت عليه في مقابلته عوضا فافترقا

الفصل الثاني : أن الفسخ إذا كان بعد الدخول فلها المهر لأن المهر يجب بالعقد ويستقر بالدخول فلا يسقط بحادث بعده ولذلك لا يسقط بردتها ولا بفسخ من جهتها ويجب المهر المسمى ، وذكر القاضي في المجرد فيه روايتين . إحداهما : يجب المسمى . والأخرى : مهر المثل بناء على الروايتين في العقد الفاسد ، وقال الشافعي الواجب مهر المثل لأن الفسخ استند الى العقد فصار كالعقد الفاسد .

ولنا أنها فرقة بعد الدخول في نكاح صحيح فيه مسمى صحيح فوجب المسمى لغير المعيبة وكالمعتقة تحت عبد ، والدليل على أن النكاح صحيح أنه وجد بشروطه وأركانه فكان صحيحا كما لو لم يفسخه ، ولأنه لو لم يفسخه لكان صحيحاً فكذلك إذا فسخه كنكاح الأمة إذا عتقت تحت عبد ، ولأنه تترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الاحصان والإباحة للزوج الاول وسائر احكام الصحة ، ولانه لو كان فاسداً لما جاز ابقاؤه وتعين فسخه ، وما ذكروه غير صحيح فإن الفسخ يثبت حكمه في حينه غير سابق عليه ، وما وقع على صفة يستحيل أن يكون واقعا على غيرها وكذلك لو فسخ البيع بعيب لم يصر العقد فاسداً ولا يكون النماء لغير المشتري ، ولو كان المبيع أمة فوطئها لم يجب به مهرها فكذلك النكاح .

الفصل الثالث . اذا علم بالعيب وقت العقد أو بعده ثم وجد منه رضى أو دلالة عليه كالدخول بالمرأة أو تمكينها اياه من الوطء لم يثبت له الفسخ لانه رضي باسقاط حقه فسقط كما لو علم المشتري بالعيب فرضيه . واذا اختلفا في العلم فالقول قول من ينكره لأن الأصل عدمه .

الفصل الرابع . أنه يرجع بالمهر على من غره . وقال أبو بكر فيه روايتان . احداهما : يرجع به ، والاخرى : لا يرجع ، والصحيح أن المذهب رواية واحدة وأنه يرجع به فان أحمد قال كنت أذهب الى قول علي فهبته فملت الى قول عمر . اذا تزوجها فرأى جذاما أو برصا فإن لها المهر بمسيسه اياها ووليها ضامن للصداق ، وهذا يدل على أنه رجع الى هذا القول ، وبه قال الزهري وقتادة ومالك والشافعي في القديم ، وروى عن علي أنه قال لا يرجع وبه قال أبو حنيفة والشافعي

في الجديد لأنه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء فلا يرجع به على غيره كما لو كان المبيع معيباً فأكله .

ولنا ما روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال : قال عمر بن الخطاب « أيما رجل تزوج بامرأة بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها وذلك لزوجها غرم على وليها » ولأنه غره في النكاح بما يثبت به الخيار فكان المهر عليه كما لو غره بحرية أمة .

فإذا ثبت هذا : فإن كان الولي علم غرم ، وإن لم يكن علم فالتغرير من المرأة فيرجع عليها بجميع الصداق ، فان اختلفوا في علم الولي فشهدت بينة عليه بالاقرار بالعلم وإلا فالقول قوله مع يمينه ، قال الزهري وقتادة إن علم الولي غرم وإلا استحلف بالله العظيم إنه ما علم ثم هو على الزوج .

وقال القاضي : ان كان أبا أو جداً أو ممن يجوز له أن يراها فالتغرير من جهته علم أو لم يعلم وان كان ممن لا يجوز له أن يراها كابن العم والمولى وعلم غرم وان أنكر ولم تقم بينة باقراره فالقول قوله ويرجع على المرأة بجميع الصداق ، وهذا قول مالك إلا أنه قال . إذا ردت المرأة ما أخذت ترك لها قدر ما تستحل به لئلا تصير كالموهوبة . وللشافعي قولان كقول مالك والقاضي

ولنا على أن الولي اذا لم يعلم لا يغرم : أن التغرير من غيره فلم يغرم كما لو كان ابن عم ، وعلى أنه يرجع بكل الصداق أنه مغرور منها فرجع بكل الصداق كما لو غره الولي .

وقولهم : لا يخفى على من يراها لا يصح فان عيوب الفرج لا اطلاع له عليها ولا يحل له رؤيتها ، وكذلك العيوب تحت الثياب فصار في هذا كمن لا يراها إلا في الجنون فانه لا يكاد يخفى على من يراها إلا أن يكون غائبا ، وأما الرجوع بالمهر فانه لسبب آخر فيكون بمنزلة ما لو وهبته اياه بخلاف الموهوبه .

( فصل ) اذا طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب فعليه نصف الصداق ولا يرجع به لأنه رضي بالتزام نصف الصداق فلم يرجع على أحد ، وان ماتت أو مات قبل العلم بالعيب فلها الصداق كاملا ولا يرجع على أحد لأن سبب الرجوع الفسخ ولم يوجد وههنا استقر الصداق بالموت فلا يرجع به .

« مسألة » قال ( ولا سكنى لها ولا نفقة لأن السكنى والنفقة انما تجب لمرأة زوجها له عليها الرجعة )

إنما كان كذلك لأنها تبين بالفسخ كما تبين بطلاق ثلاث ولا يستحق زوجها عليها رجعة فلم تجب لها سكنى ولا نفقة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس « انما السكنى والنفقة للمرأة اذا كان لزوجها عليها الرجعة » رواه النسائي وهذا اذا كانت حائلا فإن كانت حاملا فلها النفقة لأنها بائن من نكاح صحيح فى حال حملها فكانت لها النفقة كالمطلقة ثلاثا والمختلعة وفى السكنى روايتان ، وقال القاضى : لا نفقة لها ان كانت حاملا فى أحد الوجهين لأنها بائن من نكاح فاسد وكذلك قال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين ، وفى الآخر لها النفقة لأن النفقة للحمل والحمل لاحق به ، وبنوه على أن النكاح فاسد ؛ وقد بينا صحته فيما مضى .

## فصل

وليس لولى الصغيرة والصغير وسيد الأمة تزويجهم لمن به أحد هذه العيوب لأنه ناظر لهم بما فيه الحظ ولا حظ لهم فى هذا العقد ؛ فإن زوجهم مع العلم بالعيب لم يصح النكاح لأنه عقد لهم عقداً لا يجوز عقده فلم يصح كما لو باع عقاره لغير غبطة ولا حاجة ، وان لم يعلم بالعيب صح كما لو اشترى لهم معيبا لا يعلم عيبه ويجب عليه الفسخ اذا علم لأن عليه النظر لهم بما فيه الحظ والحظ فى الفسخ ويحتمل أن لا يصح النكاح لأنه زوجهم ممن لا يملك تزويجهم اياه فلم يصح كما لو زوجهم بمن يحرم عليهم .

( فصل ) وليس له تزويج كبيرة بمعيب بغير رضاها بغير خلاف نعلمه لأنها تملك الفسخ اذا علمت به بعد العقد فالامتناع أولى ، وان أرادت أن تتزوج معيباً فله منعها فى أحد الوجهين .

قال أحمد : ما يعجبنى أن يزوجها بعنين وان رضيت الساعة ؛ تكره اذا دخلت عليه لأن من شأنهن النكاح ويعجبهن من ذلك ما يعجبنا ، وذلك لأن الضرر فى هذا دائم والرضى غير موثوق بدوامه ولا يتمكن من التخلص اذا كانت عالمة فى ابتداء العقد ، وربما أفضى إلى الشقاق والعداوة فيتضرر وليها وأهلها ، فملك الولى

منعها كما لو أرادت نكاح من ليس بكفء، والثاني : ليس له منعها لأن الحق لها وقال القاضي له منعها من نكاح المجنون وليس له منعها من نكاح المجبوب والعنين لأن ضررهما عليها خاصة، وفي الابرص والمجذوم وجهان . أحدهما : لا يملك منعها لان الحق لها والضرر عليها فأشبها المجبوب والعنين ، والثاني : له منعها لأن عليه ضرراً فإنه يتعير به ويخشى تعديه الى الولد فأشبه التزويج لمن لا يكافئها وهذا مذهب الشافعي . والأولى أن له منعها في جميع الصور لأن عليها فيه ضرراً دائماً وعاراً عليها وعلى أهلها فملك منعها منه كالتزويج بغير كفء .

فأما اذا اتفقا على ذلك ورضيا به جاز وصح النكاح لان الحق لهما ولا يخرج عنهما ، ويكره لهما ذلك لما ذكره الامام أبو عبد الله من أنها وان رضيت الآن تكره فيما بعد ، ويحتمل أن يملك سائر الأولياء الاعتراض عليهما ومنعهما من هذا التزويج لان العار يلحق بهم وينالهم الضرر ، فأشبه ما لو زوجها بغير كفء. فأما ان حدث العيب بالزوج ورضيته المرأة لم يملك وليها اجبارها على الفسخ لان حقه في ابتداء العقد لا في دوامه ، ولهذا لو دعت وليها الى تزويجها بعبد لم يلزمه اجابتها ولو عتقت تحت عبد لم يملك اجبارها على الفسخ .

« مسألة » قال ( واذا عتقت الامة وزوجها عبد فلها الخيار في فسخ النكاح )

أجمع أهل العلم على هذا ذكره ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما والأصل فيه خبر بريرة قالت عائشة « كاتبت بريرة فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في زوجها ، وكان عبداً ، فاختارت نفسها - قال عروة : ولو كان حراما ما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم» رواه مالك وأبو داود والنسائي . ولان عليها ضرراً في كونها حرة تحت العبد فكان لها الخيار كما لو تزوج حرة على أنه حر فبان عبداً فإن اختارت الفسخ فلها فراقه ، وان رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه بعد ذلك لانها أسقطت حقها ، وهذا مما لا خلاف فيه بحمد الله .

( فصل ) وان عتقت تحت حر فلا خيار لها ، وهذا قول ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وسليمان بن يسار وأبي قلابة وابن أبي ليلى ومالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق .

وقال طاوس وابن سيرين ومجاهد والنخعي وحماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي : لها الخيار . لما روى الاسود عن عائشة « أن النبي صلى الله عليه وسلم خير بريرة وكان زوجها حراً » رواه النسائي ولأنها كملت بالحرية فكان لها الخيار كما لو كان زوجها عبداً .

ولنا أنها كافأت زوجها في الكمال فلم يثبت لها الخيار ، كما لو أسلمت الكتابية تحت مسلم . فأما خبر الأسود عن عائشة فقد روى عنها القاسم بن محمد وعروة «أن زوج بريرة كان عبداً » وهما أخص بها من الأسود لأنهما ابن أخيها وابن أختها . وقد روى الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة « أن زوج بريرة كان عبداً » فتعارضت روايتاه :

وقال ابن عباس : كان زوج بريرة عبداً أسود لبني المغيرة يقال له مغيث، رواه البخاري وغيره ، وقالت صفية بنت أبي عبيد « كان زوج بريرة عبداً »

قال أحمد : هذا ابن عباس وعائشة قالا في زوج بريرة إنه عبد ، رواية علماء المدينة وعملهم وإذا روى أهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو أصح شيء ، وإنما يصح أنه حر عن الاسود وحده ، وأما غيره فليس بذاك ، قال والعقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه والحر فيه اختلاف ، والعبد لا اختلاف فيه ويخالف الحر العبد لأن العبد ناقص فإذا كملت تحته تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر .

( فصل ) وفرقة الخيار فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق ، نص عليه أحمد ولا أعلم فيه خلافاً . قيل لأحمد : لم لا يكون طلاقاً ؟ قال لأن الطلاق ما تكلم به الرجل ، ولأنها فرقة لاختيار المرأة فكانت فسخاً كالفسخ لعنة وعته .

« مسألة » قال رحمه الله تعالى ( فإن أعتق قبل أن تختار أو وطئها بطل خيارها علمت أن الخيار لها أو لم تعلم )

وجملة ذلك أن خيار المعتقة على التراخي ما لم يوجد أحد هذين الأمرين عتق زوجها أو وطئه لها ، ولا يمنع الزوج من وطئها .

وممن قال إنه على التراخي مالك والأوزاعي ، وروي ذلك عن عبد الله بن عمر

وأخته حفصه ، وبه قال سليمان بن يسار ونافع والزهرى وقتادة ، وحكاه بعض أهل العلم عن الفقهاء السبعة. وقال أبو حنيفة وسائر العراقيين: لها الخيار فى مجلس العلم ، وللشافعى ثلاثة أقوال أظهرها كقولنا. والثانى أنه على الفور كخيار الشفعة. والثالث أنه الى ثلاثة أيام:

ولنا ماروى الامام أحمد فى المسند بإسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال سمعت رجالا يتحدثون عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال إذا عتقت الامة فهى بالخيار ما لم يطأها ، ان شاءت فارقته وإن وطئها فلا خيار لها ، رواه الاثرم أيضاً . وروى أبو داود «أن بريره عتقت وهى عند مغيث عبد لآل أبى أحمد فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم فقال لها : ان قربك فلا خيار لك ، ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم فى عصرهم.

قال ابن عبد البر لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفاً من الصحابة ، ولان الحاجة داعية إلى ذلك فثبت كخيار القصاص أو خيار لدفع ضرر متحقق فاشبه ما قلناه. إذا ثبت هذا فتى عتق قبل أن تختار سقط خيارها لان الخيار لدفع الضرر بالرق وقد زال بعتقه فسقط كالمبيع إذا زال عيبه. وهذا أحد قولى الشافعى وان وطئها بطل خيارها علمت بالخيار أو لم تعلم. نص عليه أحمد ، وهو قول من سمينا فى صدر المسألة وذكر القاضي وأصحابه: أن لها الخيار وان أصيبت ما لم تعلم فإن أصابها بعد علمها فلا خيار لها . وهذا قول عطاء والحكم وحماد والثورى والاوزاعى والشافعى واسحاق لانها اذا أمكنت من وطئها قبل علمها فلم يوجد منها ما يدل على الرضا فهو كما لو لم تصب.

ولنا ما تقدم من الحديث. وروى مالك عن ابن شهاب عن عروة ، أن مولاة لبنى عدى يقال لها زبراء أخبرته أنها كانت تحت عبد فعتقت قالت: فأرسلت الى حفصة فدعتنى فقالت ان امرك بيدك ما لم يمسك زوجك فإن مسك فليس لك من الامر شىء فقلت هو الطلاق ثم الطلاق ففارقته ثلاثا ، وقال مالك عن نافع عن ابن عمر ، ان لها الخيار ما لم يمسها، ولانه خيار عيب فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة كخيار الرد بالعيب ولا تفريع على هذا القول.

فأما على القول الآخر فإذا وطئها وادعت الجهالة بالعتق وهى ممن يجوز خفاء

ذلك عليها، مثل أن يعتقها سيدها فى بلد آخر، فالقول قولها مع يمينها لأن الأصل عدم ذلك، وإن كانت ممن لا يخفى ذلك عليها لكونهما فى بلد واحد وقد اشتهر ذلك لم يقبل قولها لأنه خلاف الظاهر، وان علمت العتق وادعت الجهالة بثبوت الخيار فالقول قولها لأن ذلك لا يعلمه إلا خواص الناس، والظاهر صدقها فيه، وللشافعى فى قبول قولها فى ذلك قولان .

( فصل ) فإن أعتق العبد والأمة دفعة واحدة فلا خيار لها والنكاح بحاله سواء أعتقهما رجل واحد أو رجلان نص عليه أحمد وعنه لها الخيار ، والاول أولى لان الحرية الطارئة بعد عتقها تمنع الفسخ فالمقارنة أولى كإسلام الزوجين وعن أحمد اذا عتقا معا انفسخ النكاح ، ومعناه والله أعلم أنه اذا وهب العبد سرية وأذن له فى التسرى بها ثم أعتقهما جميعا صارا حرين وخرجت عن ملك العبد فلم يكن له اصابتها الا بنكاح جديد ، هكذا روى جماعة من أصحابه فيمن وهب لعبده سرية أو اشترى له سرية ثم أعتقها لا يقربها الا بنكاح جديد .

واحتج أحمد على ذلك بما روى نافع عن ابن عمر « أن عبداً له كانت له سريتان فأعتقهما ، فنهاه أن يقربهما الا بنكاح جديد » ولانها باعتاقها خرجت عن أن تكون مملوكة فلم يبح له التسرى بها كالحرة الاصلية . وأما اذا كانت امرأته فعتقا لم ينفسخ نكاحه بذلك ، لانه اذا لم ينفسخ بإعتاقها وحدها فلأن لا ينفسخ باعتاقهما معاً أولى ، ويحتمل أن أحمد انما أراد بقوله انفسخ نكاحها أن لها فسخ النكاح ، وهذا تخريج على الرواية التى تقول بأن لها الفسخ اذا كان زوجها حراً .

( فصـــل )

ويستحب لمن له عبد وأمة متزوجان فأراد عتقهما البداية بالرجل لئلا يثبت للمرأة خيار عليه فيفسخ نكاحه ، وقد روى أبو داود والاثرم باسنادهما عن عائشة « أنه كان لها غلام وجارية متزوجا ، فقالت للنبى صلى الله عليه وسلم : انى أريد أن أعتقهما ، فقال لها فابدئى بالرجل قبل المرأة » وعن صفية بنت أبى عبيد انها فعلت ذلك وقالت للرجل « انى بدأت بعتقك لئلا يكون لها عليك خيار » .

( فصل ) اذا عتقت المجنونة والصغيرة فلا خيار لهما فى الحال لانه لا عقل لهما ولا قول معتبر ولا يملك وليهما الاختيار عنهما ، لان هذا طريقه الشهوة فلا يدخل

تحصيل الولاية كالاقتصاص ، فاذا بلغت الصغيرة وعقلت المجنونة فلهما الخيار حينئذ لكونهما صارتا على صفة لكل منهما حكم ؛ وهذا الحكم فيما لو كان بزوجيهما عيب يوجب الفسخ فان كان زوجاهما قد وطئاهما فظاهر كلام الخرقي أنه لا خيار لهما لأن مدة الخيار انقضت ، وعلى قول القاضي وأصحابه لهما الخيار لأنه لا رأى لهما فلا يكون تمكينهما من الوطء دليلا على الرضى بخلاف الكبيرة العاقلة ، ولا يمنع زوجاهما من وطئهما .

• مسألة • قال رحمه الله ( فان كانت لنفسين فأعتق أحدهما فلا خيار لها إذا كان المعتق معسراً ) .

إنما شرط الإعسار في المعتق لان الموسر يسرى عتقه الى جميعها فتصير حرة ويثبت لها الخيار والمعسر لا يسرى عتقه ، بل يعتق منها ما أعتق وباقيها رقيق فلا تكمل حريتها فلا يثبت لها الخيار حينئذ ، وهذا قول الشافعي ، وعن أحمد أن لها الخيار ، حكاها أبو بكر واختارها لانها أكمل منه فانها ترث وتورث وتحجب بقدر ما فيها من الحرية . ووجه قول الخرقي انه لا نص في المعتق بعضها ولا هي في معنى الحرة الكاملة لانها كاملة الاحكام ، وأيضا ماعلل به أحمد ، وهو أن العقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه وهذه مختلف فيها

( فصل ) ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصداق عشرين ثم أعتقها في مرضه بعد الدخول بها ثم مات ولا يملك غيرها وغير مهرها بعد استيفائه عتقت لانها تخرج من الثلث ولها الخيار ، وان لم تكن قبضته عتق ثلثها في الحال ؛ وفي الخيار لها وجهان ، فكلما اقتضى من مهرها شيء عتق منها بقدر ثلثه ، فاذا استوفى كله عتقت كلها ولها الخيار حينئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل ذلك ، فان كان زوجها قد وطئها قبل استيفاء مهرها فقد بطل خيارها عند من جعل لها الخيار حينئذ لانها أسقطته بتمكينه من وطئها ، وعلى قول الخرقي لا يبطل لانها مكنت منه قبل ثبوت الخيار لها ، فأشبه ما لو مكنت منه قبل عتقها ، فأما ان عتقت قبل الدخول بها فلا خيار لها على قول الخرقي لان فسخها النكاح يسقط به صداقها فيعجز الثلث عن

كال قيمتها فيرق ثلثاها ويسقط خيارها فيفضي اثبات الخيار لها الى اسقاطه فيسقط وهذا مذهب الشافعي . وعند أبي بكر لها الخيار ، فعلى قول من أوجب لسيدها نصف المهر فاذا استوفى عتق ثلثاها ، وعلى قول من أسقطه يعتق ثلثها

« مسألة » قال ( فان اختارت المقام معه قبل الدخول أو بعده فالمهر للسيد ، وان اختارت فراقه قبل الدخول فلا مهر لها وان اختارته بعد الدخول فالمهر للسيد)

وجملته أن المعتقة ان اختارت المقام مع الزوج قبل الدخول أو بعده أو اختارت الفسخ بعد الدخول فالمهر واجب لانه واجب بالعقد ، فاذا اختارت المقام فلم يوجد له مسقط ، وان فسخت بعد الدخول فقد استقر بالدخول فلم يسقط بشيء ، وهو للسيد في الحالين لانه وجب بالعقد في ملكه والواجب المسمى في الحالين ، سواء كان الدخول قبل العتق أو بعده . وقال أصحاب الشافعي : ان كان الدخول قبل العتق أو بعده فالواجب المسمى ، وان كان بعده فالواجب بمهر المثل ، لأن الفسخ استند الى حالة العتق فصار الوطء في نكاح فاسد

ولنا أنه عقد صحيح فيه مسمى صحيح اتصل به الدخول قبل الفسخ فأوجب المسمى كما لو لم ينفسخ ، ولأنه لو وجب بالوطء بعد الفسخ لكان المهر لها لأنها حرة حينئذ ، وقولهم ان الوطء في نكاح فاسد ، غير صحيح فانه كان صحيحاً ولم يوجد ما يفسده ويثبت فيه أحكام الوطء في النكاح الصحيح من الإحلال للزوج الاول والاحصان وكونه حلالا . وأما ان اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها ، نص عليه احمد وهو مذهب الشافعي . وعن أحمد رواية أخرى للسيد نصف المهر لانه وجب للسيد فلا يسقط بفعل غيره .

ولنا أن الفرقة جاءت من قبلها فسقط مهرها ، كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من يفسخ نكاحها رضاعه . وقوله « وجب للسيد » قلنا لكن بواسطتها ولهذا سقط نصفه بفسخها وجميعه باسلامها وردتها .

( فصل ) ولو كانت مفوضة ففرض لها مهر المثل فهو للسيد أيضاً لانه وجب بالعقد في ملكه لا بالفرض ، وكذلك لو مات أحدهما وجب والموت لا يوجب

فدل على أنه وجب بالعقد ، وان كان الفسخ قبل الدخول والفرض فلا شيء إلا على الرواية الأخرى ينبغي أن تجب المتعة لأنها تجب بالفرقة قبل الدخول في موضع لو كان مسمى وجب نصفه .

( فصل ) فإن طلقها طلاقا بائنا ثم أعتقت فلا خيار لها لأن الفسخ إنما يكون في نكاح ولا نكاح ههنا ، وإن كان رجعيا فلها الخيار في العدة لأن نكاحها باق فيمكن فسخه ، ولها في الفسخ فائدة فإنها لا تأمن رجعته إذا لم يفسخ : فإن قيل فيفسخ حينئذ ؟ قلنا : إذاً تحتاج إلى عدة أخرى وإذا فسخت في عدتها ثبنت على ما مضى من عدتها ولم تحتج إلى عدة أخرى لأنها معتدة من الطلاق ، والفسخ لا ينافيها ولا يقطعها فهو كما لو طلقها طلقة أخرى وينبني على عدة حرة لانها عتقت في أثناء العدة وهي رجعية ، فإن اختارت المقام بطل خيارها ، وقال الشافعي : لا يبطل لأنها اختارت المقام مع جريانها الى البينونة وذلك ينافي اختيار المقام .

ولنا أنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ فصح اختيار المقام كصلب النكاح ، وان لم تختر شيئا لم يسقط خيارها لأنه على التراخي ولأن سكوتها لا يدل على رضاها لاحتمال أنه كان لجريانها الى بينونة اكتفاء منها بذلك ، فإن ارتجعها فلها الفسخ حينئذ فإن فسخت ثم عاد فتزوجها بقيت معه بطلقة واحدة لأن طلاق العبد اثنتان ، وان تزوجها بعد أن أعتق رجعت معه على طلقتين لأنه صار حراً فملك ثلاث طلقات كسائر الاحرار .

## فصل

فإن طلقها بعد عتقها وقبل اختيارها أو طلق الصغيرة والمجنونة بعد العتق وقع طلاقه وبطل خيارها ، لأنه طلاق من زوج جائز التصرف في نكاح صحيح فنفذ كما لو لم يعتق . وقال القاضي : طلاقه موقوف فإن اختارت الفسخ لم يقع الطلاق لأن طلاقه يتضمن ابطال حقها من الخيار وان لم تختر وقع : وللشافعي قولان كهذين الوجهين ، وبنوا عدم الوقوع على أن الفسخ استند الى حالة العتق فيكون الطلاق واقعا في نكاح مفسوخ .

ولنا أنه طلاق من زوج مكلف مختار في نكاح صحيح فوقع كما لو طلقها قبل عتقها أو كما لو لم تختر وقد ذكرنا أن الفسخ يوجب الفرقة حينئذ ولايجوز تقديم

الفرقة عليه والحكم لا يتقدم سببه ولان العدة تبتدأ من حين الفسخ لا من حين العتق وما سبقه من الوطء وطء فى نكاح صحيح يثبت الإحصان والاحلال للزوج الاول . ولو كان الفسخ سابقاً عليه لانعكست الحال

وقول القاضى : انه يبطل حقها من الفسخ غير صحيح ، فإن الطلاق يحصل به مقصود الفسخ مع زيادة وجوب نصف المهر وتصير العدة عليها فإن ابتداءها من حين طلاقه لا من حين فسخه ، ثم لو كان مبطلا لحقها لم يقع ، وان لم تختر الفسخ كما لم يصح تصرف المشترى فى المبيع فى مدة الخيار سواء فسخ البائع أو لم يفسخ وهذا فيما اذا كان الطلاق بائنا فإن كان رجعيا لم يسقط خيارها على ما ذكرنا فى الفصل الذى قبل هذا ، فعلى قولهم اذا طلقها قبل الدخول ثم اختارت الفسخ سقط مهرها لانها بانت بالفسخ وان لم يفسخ فلها نصف الصداق لأنها بانت بالطلاق .

( فصل ) وللمعتقة الفسخ من غير حكم حاكم لأنه مجمع عليه غير مجتهد فيه فلم يفتقر الى حاكم كالرد بالعيب فى المبيع بخلاف الفسخ فى النكاح فانه مجتهد فيه فافتقر الى حكم الحاكم كالفسخ للاعسار .

## ( فصـــل )

فان اختارت المعتقة الفراق كان فسخا ليس بطلاق ، وبهذا قال أبو حنيفة والثورى والحسن بن حى والشافعى : وذهب مالك والأوزاعى والليث الى أنه طلاق بائن ، قال مالك الا أن تطلق نفسها ثلاثا فتطلق ثلاثا واحتج له بقصة زبراء حين طلقت نفسها ثلاثا فلم يبلغنا أن أحداً من الصحابة أنكر ذلك ، ولانها تملك الفراق فملكت الطلاق كالرجل .

ولنا قوله ( ص ) « الطلاق لمن أخذ بالساق » ولأنها فرقة من قبل الزوجة فكانت فسخا كما لو اختلف دينهما أو أرضعت من ينفسخ نكاحها برضاعه ، وفعل زبراء ليس بحجة ولم يثبت انتشاره فى الصحابة ، فعلى هذا لو قالت اخترت نفسى أو فسخت النكاح انفسخ ولو قالت طلقت نفسى ونوت المفارقة كان كناية عن الفسخ ، لانه يؤدى الى معناه ، فصح كناية عنه كالكناية بالفسخ عن الطلاق .

( فصل ) وان عتق زوج الأمة لم يثبت له خيار لأن عدم الكمال فى الزوجة

لا يؤثر فى النكاح . وكذلك لا تعتبر الكفاءة الا فى الرجل دون المرأة ، ولو تزوج امرأة مطلقا فبانت أمة لم يثبت له خيار ولو تزوجت المرأة رجل مطلقا فبان عبداً كان لها الخيار ، وكذلك فى الاستدامة لكن ان أعتق ووجد الطول لحرة فهل يبطل نكاحه ؟ على وجهين تقدم ذكرهما :

( فصل واذا عتقت الأمة فقالت لزوجها زدنى فى مهرى ففعل فالزيادة لها دون سيدها سواء كان زوجها حراً أو عبداً وسواء عتق معها أو لم يعتق نص عليه أحمد فيما اذا زوج عبده من أمته ثم أعتقا جميعا فقالت الأمة زدنى فى مهرى فالزيادة للأمة لا للسيد ، فقيل أرأيت ان كان الزوج لغير السيد لمن تكون الزيادة قال للأمة ، وعلى قياس هذا لو زوجها سيدها ثم باعها فزادها زوجها فى مهرها فالزيادة للثانى ، وقال القاضى الزيادة للسيد المعتق فى الموضعين على قياس المذهب لان من أصلنا أن الزيادة فى الصداق تلحق بالعقد الاول فتكون كالمذكورة فيه والذى قلناه أصح لأن الملك فى الزيادة انما ثبت حال وجودها بعد زوال ملك سيدها عنها فيكون لها ككسبها والموهوب لها .

وقولنا ان الزيادة تلحق بالعقد معناه أنها تلزم ويثبت الملك فيها ويصير الجميع صداقا ، وليس معناه أنا تبينا أن الملك كان ثابتاً فيها وكان لسيدها ، فان هذا محال ولأن سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه لأنه يؤدى الى تقدم الحكم قبل سببه ولو كان الملك ثابتا للمعتق فيه حين التزويج للزمته زكاته وكان له نماؤه ، وهذا أظهر من أن نطيل فيه .

## باب أجل العنين والخصى غير المجبوب

العنين هو العاجز عن الايلاج وهو مأخوذ من عنَّ اى اعترض لأن ذكره يعن اذا أراد ايلاجه اى يعترض ، والعنن الاعتراض ، وقيل لانه يعن لقبل المرأة عن يمينه وشماله ولا يقصده ، فإذا كان الرجل كذلك فهو عيب به ويستحق به فسخ النكاح بعد أن تضرب له مدة يختبر فيها ويعلم حاله بها ، وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة رضى الله عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعى وقتادة وحماد بن أبى سليمان وعليه فتوى فقهاء الامصار

منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وشذ الحكم بن عيينة وداود فقالا لا يؤجل وهي إمرأته . وروى ذلك عن علي رضي الله عنه لأن إمرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت . يا رسول الله ان رفاعة طلقني فبت طلاقي ، فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير ، وانما له مثل هدبة الثوب فقال . تريدين أن ترجعي الى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك ، ولم يضرب له مدة :

ولنا ما روى أن عمر رضي الله عنه أجل العنين سنة ، وروى ذلك الدارقطني بإسناده عن عمر وابن مسعود والمغيرة بن شعبة ولا مخالف لهم . ورواه أبو حفص عن علي . ولأنه عيب يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب في الرجل والرتق في المرأة فأما الخبر فلا حجة لهم فيه . فإن المدة إنما تضرب له مع اعترافه وطلب المرأة ذلك ولم يوجد واحد منهما .

وقد روى أن الرجل أنكر ذلك وقال . إني لأعركها عرك الاديم ، وقال ابن عبد البر : وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه ، فلا معنى لضرب المدة ، وصحح ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم . تريدين أن ترجعي الى رفاعة ، ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك اليها ، وقيل : انها ذكرت ضعفه وشبهته بهدبة الثوب مبالغة ولذلك قال النبي (ص) . حتى تذوقي عسيلته ، والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك

. مسألة ، قال ( وإذا ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل اليها أجل سنة منذ ترافعه فإن لم يصبها فيها خيرت في المقام معه أو فراقه فإن اختارت فراقه كان ذلك فسخاً بلا طلاق )

وجملة ذلك : أن المرأة إذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لعنة سئل عن ذلك فان أنكر والمرأة عذراء فالقول قولها ، وان كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه في ظاهر المذهب ، لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهته والأصل السلامة . وقال القاضي هل يستحلف أو لا؟ على وجهين بناء على دعوى الطلاق ، فان أقر بالعجز أو ثبت ببينة على إقراره به أو أنكر وطلبت يمينه فنكل ثبت عجزه ويؤجل سنة في قول عامة أهل العلم . وعن الحارث بن ربيعة أنه أجل رجلا عشرة أشهر

ولنا قول من سمينا من الصحابة . ولأن هذا العجز قد يكون لعنة وقد يكون

لمرض ، فضربت له سنة لتمر به الفصول الأربعة ، فان كان من يبس زال فى فصل الرطوبة . وان كان من رطوبة زال فى فصل الحرارة . وان كان من انحراف مزاج زال فى فصل الاعتدال ، فاذا مضت الفصول الأربعة واختلفت عليه الأهوية فلم تزل علم أنه خلقة ، وحكى عن أبى عبيد أنه قال : أهل الطب يقولون الداء لا يستمر فى البدن أكثر من سنة ثم يظهر ، وابتداء السنة منذ ترافعه ، قال ابن عبد البر : على هذا جماعة القائلين بتأجيله .

قال معمر فى حديث عمر : يؤجل سنة من يوم مرافعته ، فاذا انقضت المدة فلم يطأ فلها الخيار ، فان اختارت الفسخ لم يجز الا بحكم الحاكم ، لأنه مختلف فيه فاما أن يفسخ واما أن يرده اليها فتفسخ هى فى قول عامة القائلين به . ولا يفسخ حتى تختار الفسخ وتطلبه لأنه لحقها فلا تجبر على استيفائه كالفسخ بالإعسار ، فاذا فسخ فهو فسخ وليس بطلاق . وهذا قول الشافعى . وقال أبو حنيفة ومالك والثورى يفرق الحاكم بينهما وتكون تطليقة لأنه فرقة لعدم الوطء فكانت طلاقا كفرقة المولى . ولنا أن هذا خيار ثبت لأجل العيب ، فكان فسخا كفسخ المشترى لأجل العيب .

( فصل ) فان اتفقا بعد الفرقة على الرجعة لم يجز الا بنكاح جديد ، لأنها قد بانت عنه وانفسخ النكاح ، فاذا تزوجها كانت عنده على طلاق ثلاث نص عليه أحمد ، وذكر أبو بكر فيها قولا ثانيا : أنهما لا يجتمعان أبداً لأنها فرقة تتعلق بحكم الحاكم فحرمت النكاح كفرقة اللعان ، والمذهب أنها تحل له لانها فرقة لاجل العيب فلم تمنع النكاح كفرقة المعتقة والفرقة من سائر العيوب . وأما فرقة اللعان فأنها حصلت بلعانهما قبل تفريق الحاكم وههنا بخلافه ، ولأن اللعان يحرم المقام على النكاح فمنع ابتداءه ويوجب الفرقة فمنع الاجتماع وههنا بخلافه ولو رضيت المرأة بالمقام أو لم تطلب الفسخ لم يجز الفسخ فكيف يصح القياس مع هذه الفروق

( فصل ) ومن علم أن عجزه عن الوطء لعارض من صغر أو مرض مرجو الزوال لم تضرب له المدة لأن ذلك عارض يزول والعنة خلقة وجبلة لا تزول ، وان كان لكبر أو مرض لا يرجى زواله ضربت له المدة لأنه فى معنى من خلق كذلك ، وإن كان لجب أو شلل ثبت الخيار فى الحال ، لأن الوطء ميؤوس منه

ولا معنى لانتظاره ، وإن كان قد بقى من الذكر ما يمكن الوطء به فالأولى ضرب المدة له لأنه فى معنى العنين خلقة ، وإن اختلف فى القدر الباقى هل يمكن الوطء بمثله أو لا ؟ رجع إلى أهل الخبرة فى معرفة ذلك .

( فصل ) فأما الخصى فإن الخرقى ذكره فى ترجمة الباب ولم يفرده بحكم فظاهر كلامه أنه ألحقه بغيره فى أنه متى لم يصل إليها أجل ، وإن وصل إليها فلا خيار لها لأن الوطء ممكن والاستمتاع حاصل بوطئه وقد قيل إن وطأه أكثر من وطء غيره لأنه لا ينزل فيفتر بالإنزال ، وقد ذكرنا اختلاف أصحابنا فى ذلك فيما مضى ، ولا فرق بين من قطعت خصيتاه والموجور وهو الذى رضت خصيتاه والمسلول الذى سلت خصيتاه فإن الحكم فى الجميع واحد فإنه لا ينزل ولا يولد له .

« مسألة » قال ( وإن قال : قد علمت أنى عنين قبل أن أنكحها ، فإن أقرت أو ثبت ببينة فلا يؤجل وهى امرأته )

وجملة ذلك أن المرأة إذا علمت عنة الرجل وقت العقد مثل أن يطلقها بعد أن تضرب له المدة وهى امرأته فينفسخ النكاح ثم يتزوجها ونحو ذلك لم تضرب له المدة وهى امرأته فى قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والثورى وابن القاسم وأصحاب الرأى وهو قول الشافعى القديم ، وقال فى الجديد يؤجل لأنه قد يكون عنينا فى نكاح دون نكاح .

ولنا أنها رضيت بالعيب ودخلت فى العقد عالمة به فلم يثبت لها خيار كما لو علمته مجبوباً ، ولأنها لو رضيت به بعد العقد أو بعد المدة لم يكن لها فسخ فكذلك إذا رضيت به فى العقد كسائر العيوب ، ولو أنها رضيت بالمقام معه ثم طلقها ثم ارتجعها لم يثبت لها المطالبة ، كذا ههنا ، وقولهم : إنها تكون فى نكاح دون نكاح احتمال بعيد فإن العنة جبلة وخلقة لا تتغير ظاهراً ولذلك ثبت لها الفسخ بعد المدة فإن ادعى عليها العلم بعنته فأنكرته فالقول قولها مع يمينها لأن الأصل عدم العلم ، وإن أقرت أو ثبتت ببينة ثبت نكاحها وبطل خيارها .

« مسألة » قال ( وإن علمت أنه عنين بعد الدخول فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك ويؤجل سنة من يوم ترافعه )

لا نعلم فى هذا اختلافا وذلك لان سكوتها بعد العقد ليس بدليل على الرضى لانه زمن لا تملك فيه الفسخ ولا الامتناع من استمتاعه فلم يكن سكوتها مسقطاً لحقها كسكوتها بعد ضرب المدة وقبل انقضائها ، ولو سكتت بعد المدة لم يبطل خيارها أيضاً ، لان الخيار لا يثبت إلا بعد رفعه إلى الحاكم وثبوت عجزه فلا يضر السكوت قبله .

« مسألة » قال ( وإن قالت فى وقت من الاوقات قد رضيت به عنيناً لم يكن لها المطالبة بعد )

وجملة الامر أنها متى رضيت به عنينا بطل خيارها سواء قالت عقيب العقد أو بعد ضرب المدة أو بعد انقضائها ، ولا نعلم فى بطلان خيارها بقولها ذلك بعد انقضاء المدة خلافا . فأما قبلها فإن الشافعى قال فى الجديد لا يبطل خيارها ، لان حقها فى الفسخ إنما يثبت بعد انقضاء المدة فلم يصح إسقاطه قبلها كالشفيع يسقط حقه قبل البيع .

ولنا أنها رضيت بالعيب بعد العقد فسقط خيارها كسائر العيوب وكما بعد انقضاء المدة ، وما ذكروه غير صحيح فإن العنة التى هى سبب الفسخ موجودة وإنما المدة ليعلم وجودها ويتحقق علمها فهى كالبينة فى سائر العيوب[1] ويفارق الشفعة فإن سببها البيع ولم يوجد بعد ، فإن قيل : فلو رضيت المرأة بالاعسار ثم اختارت الفسخ ملكته ، ولو آلى منها فرضيت بالمقام معه ثم طالبت بالمدة كان لها ذلك ؟ قلنا : الفرق بينهما أن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فاذا رضيت بإسقاط ما يجب لها فى المستقبل لم يسقط لانها أسقطته قبل وجوبه فأشبه إسقاط الشفعة قبل البيع بخلاف العيب ، ولان الإعسار يعقبه اليسار فترضى بالمقام رجاء ذلك ، وكذلك المولى يجوز أن يكفر عن يمينه ويطأ فاذا لم يوجد ذلك ثبت لها الخيار ، فأما العنين إذا رضيته فقد رضيت بالعجز من طريق الخلقة وهو معنى لا يزول فى العادة فافترقا .

---

(١) فى نسخة العقود .

مسألة ، قال ﴿ وإن اعترفت أنه قد وصل إليها مرة بطل أن يكون عنينا ﴾

أكثر أهل العلم على هذا يقولون متى وطىء امرأته مرة ثم ادعت عجزه لم تسمع دعواها ولم تضرب له مدة . منهم عطاء وطاوس والحسن ويحيى الأنصارى والزهرى وعمرو بن دينار وقتادة وابن هاشم ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأى ؛ وقال أبو ثور : إن عجز عن وطئها أجل لها لأنه عجز عن وطئها فيثبت حقها كما لو جب بعد الوطء .

ولنا أنه قد تحققت قدرته على الوطء فى هذا النكاح وزوال عنته ؛ فلم تضرب له مدة كما لو لم يعجز ، ولأن حقوق الزوجية من استقرار المهر والعدة تثبت بوطء واحد وقد وجد ، وأما الجب فإنه يتحقق به العجز فافترقا .

( فصل ) والوطء الذى يخرج به عن العنة هو تغييب الحشفة فى الفرج لأن الاحكام المتعلقة بالوطء تتعلق بتغييب الحشفة فكان وطأصحيحا فإن كان الذكر مقطوع الحشفة ففيه وجهان .

أحدهما : لا يخرج عن العنة إلا بتغييب جميع الباقى لانه لا حد ههنا يمكن اعتباره فاعتبر تغييب جميعه ، ولانه المعنى الذى يتحقق به حصول حكم الوطء .

والثانى : يعتبر تغييب قدر الحشفة ليكون ما يجزىء من المقطوع مثل ما يجزىء من الصحيح وللشافعى قولان كهذين .

( فصل ) ولا يخرج عن العنة بالوطء فى الدبر ، لانه ليس بمحل للوطء فأشبه الوطء فيما دون الفرج ولذلك لا يتعلق به الاحلال للزوج الاول ولا الاحصان ، وإن وطئها فى القبل حائضا أو نفساء أو محرمة أو صائمة خرج عن العنة ، وذكر القاضى أن قياس المذهب أن لا تخرج من العنة لنص أحمد على أنه لا يحصل به الاحصان والاباحة للزوج الاول ؛ ولانه وطء محرم أشبه الوطء فى الدبر .

ولنا أنه وطء فى محل الوطء فخرج به عن العنة كما لو وطئها وهى مريضة يضرها الوطء ، ولان العنة العجز عن الوطء ولا يبقى مع وجود الوطء فإن العجز ضد القدرة فلا يبقى مع وجود ضده ، وما ذكروه غير صحيح لان تلك أحكام

يجوز أن تبقى مع وجود سببها المانع أو لفوات شرط والعنة فى نفسها أمر حقيقى لا يتصور بقاؤه مع انتفائه ، فأما الوطء فى الدبر فليس بوطء فى محله بخلاف مسألتنا ، وقد اختار ابن عقيل أنه تنتفى به العنة لأنه أصعب فمن قدر عليه فهو على غيره أقدر .

( فصل ) وإن وطىء امرأة لم يخرج به عن العنة فى حق غيرها ، واختار ابن عقيل أنه يخرج عن العنة فى حق جميع النساء ولا تسمع دعواها عليه منها ولا من غيرها ، وهذا مقتضى قول أبى بكر وقول كل من قال . إنه يختبر بتزويج امرأة أخرى ويحكى ذلك عن سمرة وعن عمر بن عبد العزيز ، وذلك لأن العنة خلقة وجبلة لا تتغير بتغيير النساء ، فإذا انتفت فى حق امرأة لم تبق فى حق غيرها .

ولنا أن حكم كل امرأة معتبر بنفسها ، ولذلك لو ثبتت عنته فى حقهن فرضى بعضهن سقط حقها وحدها دون الباقيات ، ولأن الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن وطئها وهو ثابت فى حقها لا يزول بوطء غيرها ، وقوله : كيف يصح عجزه عن واحدة دون أخرى ؟ قلنا : قد تنهض شهوته فى حق إحداهما لفرط حبه إياها وميله إليها واختصاصها بجمال وجهها دون الأخرى ، فعلى هذا لو تزوج امرأة فأصابها ثم أبانها ثم تزوجها فعنّ عنها فلها المطالبة لأنه إذا جاز أن يعن عن امرأة دون أخرى ففى نكاح دون نكاح أولى ، وعلى قول أبى بكر ومن وافقه لا يصح هذا بل متى وطىء مرة لم تثبت عنته أبداً .

« مسألة » قال ( وإن جب قبل الحول فلها الخيار فى وقتها )

كأن الخرقى أراد إذا ضربت له المدة فلم يصبها حتى جب ثبت لها الخيار فى الحال لأننا ننتظر الحول لنعلم عجزه ، وقد علمناه ههنا يقيناً فلا حاجة إلى الانتظار ، قال القاضى : ويلزم على هذا أن سائر العيوب الحادثة بعد العقد يثبت بها الخيار فإن الخيار ههنا إنما يثبت بالجب الحادث ولولاه لم يثبت الفسخ لأننا لم نتيقن عنته والجب حادث فلما ثبت الفسخ به علم أنه إنما استحق بالعيب الحادث ، وفى بعض النسخ « قبل الدخول » ومعناهما واحد ويحتمل أنه إنما استحق الفسخ ههنا بالجب

الحادث لانه متضمن مقصود العنة فى العجز عن الوطء ومحقق للمعنى الذى أدعته المرأة بخلاف غيره من العيوب والله أعلم .

« مسألة » قال ( وإن زعم أنه قد وصل إليها وادعت أنها عذراء أريت النساء الثقات ، فإن شهدن بما قالت أجل سنة )

وجملته أن المرأة إذا ادعت عنة زوجها فزعم أنه وطئها وقالت انها عذراء أريت النساء فإن شهدن بعذرتها فالقول قولها ويؤجل ، وبهذا قال الثورى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى وإنما كان كذلك لان الوطء يزيل عذرتها فوجودها يدل على عدم الوطء ، فإن ادعى ان عذرتها عادت بعد الوطء فالقول قولها لان هذا بعيد جداً ، وإن كان متصوراً ، وهل تستحلف المرأة ؟ يحتمل وجهين أحدهما : تستحلف لإزالة هذا الاحتمال كما يستحلف سائر من قلنا القول قوله ، والآخر : لا تستحلف لان ما يبعد جداً لا التفات إليه لاحتمال كذب البينة العادلة وكذب المقر فى إقراره ، وهل يقبل قول امرأة واحدة ؟ على روايتين ، وهذا الذى ذكره الخرقى فيما إذا اختلفا فى ابتداء الامر قبل ضرب الاجل ، فإن اختلفا فى ذلك بعد ضرب المدة وشهد النساء بعذرتها لم تنقطع المدة ، وإن كان بعد انقضاء المدة فحكمه كحكم من اعترف أنه لم يطأها ، وفى كل موضع شهد النساء بزوال عذرتها فالقول قوله فيسقط حكم قولها لانه تبين كذبها ، وإن ادعت أن عذرتها زالت بسبب آخر فالقول قوله لان الاصل عدم الاسباب .

« مسألة » قال ( وان كانت ثيبا وادعى أنه يصل إليها أخلى معها فى بيت وقيل له أخرج ماءك على شىء فان ادعت أنه ليس بمنى جعل على النار فان ذاب فهو منى وبطل قولها ، وقد روى عن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى أن القول قوله مع يمينه )

اختلفت الرواية عن أبى عبد الله رحمه الله فى هذه المسألة فحكى الخرقى فيها روايتين ، إحداهما : انه يخلى معها ويقال أخرج ماءك على شىء فان أخرجه فالقول قوله لان العنين يضعف عن الانزال فإذا أنزل تبينا صدقه فنحكم به ، وهذا

مذهب عطاء، فإن ادعت أنه ليس بمنى جعل على النار فان ذاب فهو منى لأنه شبيه ببياض البيض وذاك إذا وضع على النار تجمع ويبس وهذا يذوب فيتميز بذلك أحدهما من الآخر فيختبر به . وعلى هذا متى عجز عن اخراج مائه فالقول قول المرأة لأن الظاهر معها .

والرواية الثانية القول قول الرجل مع يمينه . وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر لأن هذا مما يتعذر اقامة البينة عليه وجنبته أقوى فان دعواه سلامة العقد وسلامة نفسه من العيوب والأصل السلامة فكان القول قوله كالمنكر في سائر الدعاوى وعليه اليمين على صحة ماقال . وهذا قول من سمينا ههنا لأن قوله محتمل للكذب فقوينا قوله بيمينه كما في سائر الدعاوى التي يستحلف فيها فان نكل قضى عليه بنكوله ، ويدل على وجوب اليمين عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه » .

قال القاضي : ويتخرج أن لا يستحلف بناء على إنكاره دعوى الطلاق فان فيها روايتين كذا ههنا ؛ والصحيح ما قال الخرقي لدلالة الخبر والمعنى عليه ، وروى عن أحمد رواية ثالثة : أن القول قول المرأة مع يمينها حكاها القاضي في المجرد لان الاصل عدم الاصابة فكان القول قولها لان قولها موافق للاصل واليقين معها ، وفي كل موضع حكمنا بوطئه بطل حكم عنته فان كان في ابتداء الامر لم تضرب له مدة وان كان بعد ضرب المدة انقطعت وان كان بعد انقضائها لم يثبت لها خيار ، وكل موضع حكمنا بعدم الوطء منه ثبت حكم عنته كما لو أقر بها .

واختار أبو بكر أنه يزوج امرأة لها حظ من الجمال وتعطى صداقها من بيت المال ويخلي معها وتسأل عنه ويؤخذ بما تقول فان أخبرت انه يطأ كذبت الاولى والثانية بالخيار بين الاقامة والفسخ وصداقها من بيت المال وان كذبته فرق بينه وبينها وصداق الثانية من ماله ههنا لما روى « أن امرأة جاءت الى سمرة فشكت اليه انه لا يصل اليها زوجها فكتب الى معاوية فكتب اليه : أن زوجه بامرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح وسق اليها المهر من بيت المال عنه ، فان أصابها فقد كذبت ، وان لم يصبها فقد صدقت ففعل ذلك سمرة فجاءت المرأة فقالت ليس عنده شيء ففرق بينهما »

وقال الأوزاعي : يشهده امرأتان ويترك بينهما ثوب ويجامع امرأته فإذا قام عنها نظرتا إلى فرجها فان كان فيه رطوبة الماء فقد صدق وإلا فلا . وحكى عن مالك مثل ذلك ، إلا أنه اكتفى بواحدة ، والصحيح أن القول قوله ، كما لو ادعى الوطء في الإيلاء ولما قدمنا ، واعتبار خروج الماء ضعيف لأنه قد يطأ ولا ينزل وقد ينزل من غير وطء ، فإن ضعف الذكر لا يمنع سلامة الظهر ونزول الماء ، وقد يعجز السليم القادر عن الوطء في بعض الأحوال ، وليس كل من عجز عن الوطء في حال من الاحوال أو وقت من الاوقات يكون عنينا ، ولذلك جعلنا مدته سنة ، وتزوجه بامرأة ثانية لا يصح لذلك أيضا ، ولأنه قد يعن عن امرأة دون أخرى ، ولأن نكاح الثانية إن كان مؤقتا أو غير لازم فهو نكاح باطل والوطء فيه حرام ، وان كان صحيحا لازما ففيه إضرار بالثانية ولا ينبغي أن يقبل قولها لانها تريد بذلك تخليص نفسها فهي متهمة فيه وليست بأحق أن يقبل قولها من الاولى ، ولان الرجل لو أقر بالعجز عن الوطء في يوم أو شهر لم تثبت عنته بذلك ، وأكثر مافي الذي ذكروه أن يثبت عجزه عن الوطء في اليوم الذي اختبروه فيه ، فإذا لم تثبت عنته بإقراره بعجزه فلأن لا تثبت بدعوى غيره ذلك عليه أولى

• مسألة • قال ( واذا قال الخنثى المشكل أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد ، وكذلك لو سبق فقال أنا امرأة لم ينكح إلا رجلا )

والخنثى هو الذي في قبله فرجان : ذكر رجل وفرج امرأة ، لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى . قال الله تعالى ( وأنه خلق الزوجين الذكر والانثى ) وقال تعالى ( وبث منهما رجالا كثيراً ونساء ) فليس ثم خلق ثالث ، ولا يخلو الخنثى من أن يكون مشكلا أو غير مشكل ، فإن لم يكن مشكلا بأن تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له أحكام الرجال ، أو تظهر فيه علامات النساء ، فهو امرأة له أحكامهن ، وإن كان مشكلا فلم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء ، فاختلف أصحابنا في نكاحه ، فذكر الخرقي أنه يرجع الى قوله ، فإن ذكر أنه رجل وأنه يميل طبعه الى نكاح النساء فله نكاحهن ، وان ذكر انه امرأة يميل طبعه الى الرجال زوج رجلا ، لأنه معنى لا يتوصل اليه الا من جهته وليس فيه إيجاب حق على

غيره ، فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة فى حيضها وعدتها ، وقد يعرف نفسه بميل طبعه إلى أحد الصنفين وشهوته له : فان الله تعالى أجرى العادة فى الحيوانات بميل الذكر الى الانثى وميلها اليه وهذا الميل أمر فى النفس والشهوة لا يطلع عليه غيره وقد تعذرت علينا معرفة علاماته الظاهرة ، فرجع فيه الى الأمور الباطنة فيما يختص هو بحكمه .

وأما الميراث والدية فان أقر على نفسه بما يقلل ميراثه أو ديته قبل منه ؛ وان أدعى ما يزيد ذلك لم يقبل لانه متهم فيه فلا يقبل قوله على غيره ، وما كان من عباداته وسترته وغير ذلك فينبغي ان يقبل قوله فيه لانه حكم بينه وبين الله تعالى . قال القاضي : ويقبل قوله فى الامامة وولاية النكاح ومالا يثبت حقا على غيره ، وإذا زوج امرأة أو رجلا ثم عاد فقال خلاف قوله الاول لم يقبل فى التزويج بغير الجنس الذى زوجه أولا لانه مكذب لنفســـــه ومدع ما يوجب الجمع بين تزويج الرجال والنساء ، لكن إن تزوج امرأة ثم قال أنا امرأة انفسخ نكاحه لإقراره ببطلانه ولا يقبل قوله فى سقوط المهر عنه ، وان تزوج رجلا وقال أنا رجل لم يقبل قوله فى فسخ نكاحه لان الحق عليه ، وهذا قول الشـافعي .

وقال أبو بكر : لا يجوز أن يتزوج حتى يبين أمره ، وذكره نصا عن أحمد فى رواية الميمونى ، وهـــذا الذى ذكره أبو اسحاق مذهباً للشـافعي ، وذلك لأنه لم يتحقق وجود ما يبيح له النكاح فلم يبح له ، كما لو اشتبهت عليه أخته بنسوة ؛ وكما لو لم يقل انى رجل ولا امرأة ، ولان قوله لا يرجع اليه فى شيء من أحكامه من الميراث والدية وغيرهما فى نكاحه ، ولانه لا يعرف نفسه كما لا يعرفه غيره ؛ ولانه قد اشتبه المباح بالمحظور فى حقه فحرم كما ذكرناه

مسألة « قال ( واذا أصاب الرجل أو أصيبت المرأة بعد الحرية والبلوغ بنكاح صحيح وليس واحد منهما بزائل العقل رجما اذا زنيا ، والمسلم والكافر الحران فيما وصفت سواء )

ذكر الخرقى رحمه الله فى هذا الباب شرائط الاحصان ، ونحن نؤخره الى الحدود فانه أخص به ، والله أعلم

# كتاب الصداق

الأصل فى مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى ( وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ) وقال تعالى ( وآتوا النساء صدقاتهن نحلة )

قال أبو عبيد : يعنى عن طيب نفس بالفريضة التى فرض الله تعالى : وقيل . النحلة الهبة . والصداق فى معناها . لأن كل واحد من الزوجين يستمتع بصاحبه ، وجعل الصداق للمرأة . فكأنه عطية بغير عوض ، وقيل : نحلة من الله تعالى للنساء ، وقال تعالى ( فآتوهن أجورهن فريضة )

وأما السنة فروى أنس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن بن عوف ، ردع زعفران . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : مَهْيَم ؟ فقال : يارسول الله تزوجت امرأة ، فقال : ما أصدقتها ؟ قال : : وزن نواة من ذهب . فقال : بارك الله لك ، أولم ولو بشاة . وعنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق صفيه ، وجعل عتقها صداقها » متفق عليهما ، وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق فى النكاح .

( فصل ) وللصداق تسعة أسماء : الصداق ، والصدقة ، والمهر ، والنحلة ، والفريضة ، والأجر والعلائق والعقر ، والحباء . روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال «أدوا العلائق ، قيل: يارسول الله ، وما العلائق ؟ قال: ما يتراضى به الأهلون » وقال عمر « لها عقر نسائها » وقال مهلهل .

أنكحها فقدها الاراقم فى جنب ، وكان الحباء من أدم
لو بأبانين جاء يخطبها خضب ماء وجه خاطب بدم

يقال : أصدقت المرأة ومهرتها ولا يقال أمهرتها .

( فصل ) ويستحب أن لا يعرى النكاح عن تسمية الصداق ، لان النبى صلى الله عليه وسلم كان يزوج بناته وغيرهن ويتزوج ، فلم يكن يخلى ذلك من صداق ، وقال للذى زوجه الموهوبة « هل من شىء تصدقها ؟ فالتمس ولم يجد ، قال :

التمس ولو خاتماً من حديد، فلم يجد شيئا ، فزوجه إياها بما معه من القرآن ، ولانه أقطع للنزاع وللخلاف فيه وليس ذكره شرطا ، بدليل قوله تعالى ( لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ) وروى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوّج رجلا امرأة ولم يسم لها مهراً .

« مسألة » قال ( وإذا كانت المرأة بالغة رشيدة أو صغيرة عقد عليها أبوها فأي صداق اتفقوا عليه فهو جائز ، إذا كان شيئا له نصف يحصل )

في هذه المسألة ثلاثة فصول :

أحدها أن الصداق غير مقدر لا أقله ولا أكثره ، بل كل ما كان مالا جاز أن يكون صداقا ، وبهذا قال الحسن وعطاء وعمرو بن دينار وابن أبي ليلى والثوري والاوزاعي والليث والشافعي وإسحاق وأبو ثور وداود ، وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين . وقال « لو أصدقها سوطا لحلت »

وعن سعيد بن جبير والنخعي وابن شبرمة ومالك وأبي حنيفة : هو مقدر الاقل ثم اختلفوا فقال مالك وأبو حنيفة : أقله ما يقطع به السارق ، وقال ابن شبرمة : خمسة دراهم ، وعن النخعي : أربعون درهما ، وعنه عشرون وعنه رطل من الذهب وعن سعيد بن جبير خمسون درهما ، واحتج أبو حنيفة بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا مهر أقل من عشرة دراهم » ولانه يستباح به عضو ، فكان مقدراً كالذي يقطع به السارق

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم للذى زوجه « هل عندك من شيء تصدقها ؟ قال لا أجد ، قال : التمس ولو خاتما من حديد » متفق عليه ، وعن عامر ابن ربيعة «أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضيت من نفسك ومالك بنعلين ؟ قالت : نعم ، فأجازه » أخرجه أبو داود والترمذي ، وقال : حديث حسن صحيح : وعن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لو أن رجلا أعطى امرأة صداقا ملء يده طعاما كانت له حلالا » رواه الامام أحمد في المسند ، وفي لفظ عن جابر : قال « كنا ننكح على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على القبضة من الطعام » رواه الاثرم ، ولان

قول الله عز وجل ( وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم ) يدخل فيه القليل والكثير ، ولأنه بدل منفعتها لجاز ما تراضيا عليه من المال ، كالعشرة وكالأجرة ؛ وحديثهم غير صحيح ، رواه ميسرة بن عبيد وهو ضعيف عن الحجاج ابن أرطاة وهو مدلس ؛ ورووه عن جابر ؛ وقد روينا عنه خلافه ، أو نحمله على مهر امرأة بعينها أو على الاستحباب ، وقياسهم لا يصح ، فإن النكاح استباحة الانتفاع بالجملة ، والقطع إتلاف عضو دون استباحته ، وهو عقوبة وحد . وهذا عوض ، فقياسه على الأعواض أولى

وأما أكثر الصداق فلا توقيت فيه بإجماع أهل العلم ، قاله ابن عبد البر ، وقد قال الله عز وجل ( وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئا ) وروى أبو حفص بإسناده ، أن عمر أصدق أم كلثوم ابنة علي أربعين ألفاً ، وعن عمر رضي الله عنه أنه قال « خرجت وأنا أريد أن أنهى عن كثرة الصداق فذكرت هذه الآية ( وآتيتم احداهن قنطارا ) وقال أبو صالح : القنطار مائة رطل ، وقال أبو سعيد الخدري . ملء مسك ثور ذهبا ، وعن مجاهد سبعون ألف مثقال

( فصـــل ) ويستحب أن لا يغلي الصداق : لما روى عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة » رواه ابو حفص باسناده ، وعن أبي العجفاء قال ، قال عمر رضي الله عنه « ألا لا تغلوا صداق النساء فانه لو كان مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله ، كان أولاكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ما أصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من نسائه ولا أصدقت امرأة من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقيه ، وان الرجل ليغلي بصدقة امرأته حتى يكون لها عداوة في قلبه ، وحتى يقول : كلفت لكم علق القربة » أخرجه النسائي وأبو داود مختصرا ، وعن أبي سلمة قال « سألت عائشة عن صداق النبي ( ص ) فقالت اثنتا عشرة أوقية ونَشٌّ ، فقلت وما نش ؟ قالت نصف أوقية » أخرجاه أيضا ، والاوقية أربعون درهما ، فلا تستحب الزيادة على هذا ، لانه اذا كثر ربما تعذر عليه فيتعرض للضرر في الدنيا والاخرة

( فصل ) وكل ما جاز ثمناً في البيع أو أجرة في الإجارة من العين والدين ، والحال والمؤجل والقليل والكثير ، ومنافع الحر والعبد وغيرهما جاز أن يكون صداقا ، وقد روى الدارقطني بإسناده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنكحوا الأيامى وأدوا العلائق ، قيل : ما العلائق يا رسول الله ؟ قال : ما تراضى عليه الأهلون ، ولو قضيبا من أراك » ورواه الجوزجاني ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة : منافع الحر لا تكون صداقا ، لأنها ليست مالا ، وإنما قال الله تعالى ( أن تبتغوا بأموالكم ) .

ولنا قول الله تعالى ( انى أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج ) والحديث الذي ذكرناه ، ولأنها منفعة يجوز العوض عنها في الإجارة ، فجازت صداقا كنفعة العبد ، وقولهم : ليست مالا ، ممنوع فإنها تجوز المعاوضة عنها وبها ثم ان لم تكن مالا فقد أجريت مجرى المال في هذا فكذلك في النكاح ، وقد نقل مهنا عن أحمد : اذا تزوجها على أن يخدمها سنة أو أكثر كيف يكون هذا ؟ قيل له فامرأة لها ضياع وأرضون لا تقدر على أن تعمرها ؟ قال : لا يصلح هذا ، قال أبو بكر : ان كانت الخدمة معلومة جاز ، وان كانت مجهولة لا تضبط فلها صداق مثلها ، كأنه تأول مسألة مهنا على أن الخدمة مجهولة فلذلك لم يصح ، ونقل أبو طالب عن أحمد التزويج على بناء الدار وخياطة الثوب وعمل شيء جائز لأنه معلوم يجوز أخذ العوض عنه فجاز أن يكون صداقا كالأعيان ؛ ولو تزوجها على أن يأتيها بعبدها الآبق من مكان معين صح ، لأنه عمل معلوم يجوز أخذ الأجرة عنه ، وان أصدقها الاتيان به أين كان لم يصح لأنه مجهول .

( فصــــل )

ولو نكحها على أن يحج بها لم تصح التسمية ، وبهذا قال الشافعي ، وقال النخعي ومالك والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد : يصح .

ولنا أن الحملان مجهول لا يوقف له على حد فلم يصح ، كما لو أصدقها شيئاً ، فعلى هذا لها مهر المثل وكذلك كل موضع قلنا لا تصح التسمية .

( فصل ) وان أصدقها خياطة ثوب بعينه فهلك الثوب لم تفسد التسمية ولم يجب مهر المثل لأن تعذر تسليم ما أصدقها بعينه لا يوجب مهر المثل كما لو أصدقها

قفيز حنطة فهلك قبل تسليمه ، ويجب عليه أجر مثل خياطته ، لأن المعقود على العمل فيه تلف فوجب الرجوع الى عوض العمل كما لو أصدقها تعليم عبدها صناعة فمات قبل التعليم ، وان عجز عن خياطته مع بقاء الثوب لمرض أو نحوه فعليه أن يقيم مقامه من يخيطه ، وان طلقها قبل خياطته قبل الدخول فعليه خياطة نصفه ، ان أمكن معرفة نصفه ، وان لم يمكن فعليه نصف أجر خياطته الا أن يبذل خياطة أكثر من نصفه بحيث يعلم أنه قد خاط النصف يقينا ، وان كان الطلاق بعد خياطته رجع عليها بنصف أجره .

( فصل ) وان أصدقها تعليم صناعة أو تعليم عبدها صناعة صح ، لأنه منفعة معلومة يجوز بذل العوض عنها فجاز جعلها صداقا كخياطة ثوبها ، وان أصدقها تعليمه أو تعليمها شعراً مباحا معينا أو فقها أو لغة أو نحواً أو غير ذلك من العلوم الشرعية التي يجوز أخذ الاجرة على تعليمها جاز وصحت التسمية ، لأنه يجوز أخذ الأجرة عليه فجاز صداقا كنافع الدار .

( فصل ) فأما تعليم القرآن فاختلفت الرواية عن أحمد في جعله صداقا ، فقال في موضع : أكرهه وقال في موضع : لا بأس أن يتزوج المرأة على أن يعلمها سورة من القرآن ، أو على نعلين ، وهذا مذهب الشافعي ، قال أبو بكر في المسألة قولان ، يعني روايتين . قال : واختياري أنه لا يجوز ، وهو مذهب مالك والليث وأبي حنيفة ومكحول واسحاق ، واحتج من أجازه بما روى سهل بن سعد الساعدي « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنه جاءته امرأة فقالت : اني وهبت نفسي لك ، فقامت طويلا ، فقال رجل : يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال : هل عندك من شيء تصدقها ؟ فقال : ما عندي الا ازاري فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم . ازارك ، ان أعطيتها جلست ولا ازار لك ، فالتمس شيئا ، قال لا أجد ، قال التمس ولو خاتما من حديد ، فالتمس فلم يجد شيئا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجتكها بما معك من القرآن متفق عليه ، ولأنها منفعة معينة مباحة فجاز جعلها صداقا كتعليم قصيدة من الشعر المباح .

ووجه الرواية الأخرى : أن الفروج لا تستباح الا بالأموال لقوله تعالى ( أن تبتغوا بأموالكم ) وقوله تعالى ( ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات

المؤمنات « والطول المال ، وقد روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج رجلا على سورة من القرآن ثم قال : لا تكون لأحد بعدك مهراً » رواه النجاد بإسناده ، ولأن تعليم القرآن لا يجوز أن يقع إلا قربة لفاعله ، فلم يصح أن يكون صداقا كالصوم والصلاة وتعليم الايمان ، ولأن التعليم من المعلم والمتعلم مختلف ولا يكاد ينضبط ، فأشبه الشيء المجهول .

فأما حديث الموهوبة فقد قيل : معناه أنكحتكها بما معك من القرآن ، أى زوجتكها ، لأنك من أهل القرآن كما زوج أبا طلحة على إسلامه ، فروى ابن عبد البر بإسناده عن أنس « أن أبا طلحة أتى أم سليم يخطبها قبل أن يسلم ، فقالت : أتزوج بك وأنت تعبد خشبة نحتها عبد بنى فلان ؟ ان أسلمت تزوجت بك ، قال فأسلم أبو طلحة ، فتزوجها على اسلامه » وليس فى الحديث الصحيح ذكر التعليم ، ويحتمل أن يكون خاصاً لذلك الرجل ، بدليل ما رواه النجاد[1] ولا تفريع على هذه الرواية ، فأما على الأخرى فلا بد من تعيين ما يعلمها اياه اما سورة معينة أو سوراً أو آيات بعينها لأن السور تختلف وكذلك الآيات ، وهل تحتاج الى تعيين قراءة مرتبة ؟ فيه وجهان .

أحدهما . يحتاج الى ذلك لأن الاغراض تختلف والقراءات تختلف فمنها صعب كقراءة حمزة وسهل فأشبه تعيين الآيات .

والثانى : لا يفتقر الى التعين لان هذا اختلاف يسير وكل حرف ينوب مناب صاحبه ويقوم مقامه ولذلك لم يعين النبي صلى الله عليه وسلم للمرأة قراءة وقد كانوا يختلفون فى القراءة أشد من اختلاف القراء اليوم فأشبه ما لو أصدقها قفيزاً من صبرة وللشافعى فى هذا وجهان كهذين .

( فصل ) فإن أصدقها تعليم سورة لا يحسنها نظرت فإن قال أحصل لك تعليم

---

(١) يا سبحان الله ! يصحح الحديث قبل سطور ، ويستدل به هناك ، ثم يتمحل هنا لرده لانه بما روى النجاد فلاناً لم يقل به ، لقد كان الواجب أن يؤخذ بالحديث المتفق على صحته كما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو الهدى الذي لا ينبغي العدول عنه الى قول أحد كائنا من كان ، وكتبه محمد حامد الفقي .

هذه السورة صح لان هذه منفعة فى ذمته لا تختص به فجاز أن يستأجر عليها من لا يحسنها كالخياطة اذا استأجر من يحصلها له . وان قال على أن أعلمك فذكر القاضى فى الجامع أنه لا يصح لانه تعين بفعله وهو لا يقدر عليه فأشبه ما لو استأجر من لا يحسن الخياطة ليخيط له ، وذكر فى المجرد أنه يحتمل الصحة لان هذه تكون فى ذمته فأشبه ما لو أصدقها مالا فى ذمته لا يقدر عليه فى الحال .

( فصل ) فإن جاءته بغيرها فقالت علمه السورة التى تريد تعليمى اياها لم يلزمه لان المستحق عليه العمل فى عين فلم يلزمه ايقاعه فى غيره كما لو استأجرته لخياطة ثوبها فأتته بغيره فقالت خط هذا ، ولان المتعلمين يختلفون فى التعليم اختلافا كثيرا ، ولان له غرضا فى تعليمها فلا يجبر على تعليم غيرها ، وان أتاها بغيره يعلمها لم يلزمها قبول ذلك لان المعلمين يختلفون فى التعليم ، ولان لها غرضا فى التعليم منه لكونه زوجها تحل له ويحل لها ، ولانه لما لم يلزمه تعليم غيرها لم يلزمها التعليم من غيره قياسا لاحدهما على الآخر :

( فصل ) فإن تعلمتها من غيره أو تعذر عليه تعليمها فعليه أجر تعليمها فإن اختلفا فقال علمتكيها فأنكرت فالقول قولها لان الاصل عدم تعليمها ، وفيه وجه آخر : أنهما ان اختلفا بعد أن تعلمتها فالقول قوله لان الظاهر معه . وان علمها السورة ثم أنسيتها فلا شيء عليه لانه قد وفى لها بما شرط وانما تلف الصداق بعد القبض ، وان لقنها الجميع وكلما لقنها آية أنسيتها لم يعتد بذلك تعليما لان ذلك لا يعد تعليما ولو جاز ذلك لأفضى الى أنه متى قرأها فقرأتها بلسانها من غير حفظ كان تلقينا ، ويحتمل أن يكون ذلك تلقينا لانه قد لقنها الآية وحفظتها ، فأما ما دون الآية فليس بتلقين وجها واحدا .

## فصل

فإن طلقها قبل الدخول بعد تعليمها السورة رجع عليها بنصف أجر تعليمها لان الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع بنصف الصداق وان لم يكن علمها ففيه وجهان .

( أحدهما ) عليه نصف أجر تعليمها لانها قد صارت أجنبية فلا يؤمن فى تعليمها الفتنة .

( والثانى ) يباح له تعليمها من وراء حجاب من غير خلوة بها كما يجوز له سماع كلامها فى المعاملات ، وان كان الطلاق بعد الدخول ففى تعليمها السورة الوجهان . وان أصدقها رد عبدها من مكان معين فطلقها قبل الدخول وقبل الرد فعليه نصف أجر الرد لانه لا يمكنه نصف الرد وان طلقها بعد الرد رجع عليها بنصف أجره .

( فصل ) ولو أصدق الكتابية تعليم سورة من القرآن لم يجز ولها مهر المثل . وقال الشافعى يصح لقول الله تعالى ( حتى يسمع كلام الله ) .

ولنا أن الجنب يمنع قراءة القرآن مع ايمانه واعتقاده أنه حق فالكافر أولى ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « لا تسافروا بالقرآن الى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم » فالتحفيظ أولى أن يمنع منه ، فأما الاية التى احتجوا بها فلا حجة لهم فيها فإن السماع غير الحفظ ، وان أصدقها أو أصدق المسلمة تعليم شىء من التوراة والانجيل لم يصح فى المذهبين لانه مبدل مغير ، ولو أصدق الكتابى الكتابية شيئا من ذلك كان كما لو أصدقها محرما .

( الفصل الثانى ) أن الصداق ما اتفقوا عليه ورضوا به لقول الله تعالى ( ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة ) وقال النبى صلى الله عليه وسلم « العلائق ما تراضى عليه الاهلون » ، ولانه عقد معاوضة فيعتبر رضا المتعاقدين كسائر عقود المعاوضات : فان كان الولى الاب فمهما اتفق هو والزوج عليه جاز أن يكون صداقا ، قليلا كان أو كثيراً ، بكراً كانت أو ثيبا صغيرة كانت أو كبيرة على ما أسلفناه فيما مضى ، ولذلك زوج شعيب عليه السلام موسى عليه السلام ابنته وجعلا الصداق اجارة ثمانى حجج من غير مراجعة الزوجة ، وان كان الولى غير الاب اعتبر رضا المرأة والزوج لان الصداق لها وهو عوض منفعتها فأشبه أجر دارها وصداق أمتها ، فان لم يستأذنها الولى فى الصداق فحكمه حكم الوكيل المطلق فى البيع ان جعل الصداق مهر المثل فما زاد صح ولزم وان نقص عنه فلها مهر المثل .

( الفصل الثالث ) أن الصداق لا يكون الا مالا لقول الله تعالى ( أن تبتغوا بأموالكم ) ويشترط أن يكون له نصف يتمول عادة بحيث اذا طلقها قبل الدخول

بقي لها من النصف مال حلال، وهذا معنى قول الخرقي وله نصف يحصل، ومالا يجوز أن يكون ثمنا في البيع كالمحرم والمعدوم والمجهول ومالا منفعة فيه وما لا يتم ملكه عليه كالمبيع من المكيل والموزون قبل قبضه وما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء، وما لا يتمول عادة كحبة حنطة وقشرة جوزة لا يجوز أن يكون صداقا لأنه نقل للملك فيه بعوض فلم يجز فيه ماذكرناه كالبيع، ويعتبر أن يكون نصفه مما يتمول عادة ويبذل العوض في مثله عرفا، لأن الطلاق يعرض فيه قبل الدخول فلا يبقى للمرأة إلا نصفه، فيجب أن يكون لها مال تنتفع به ويعتبر نصف القيمة لا نصف عين الصداق فإنه لو أصدقها عبداً جاز وان لم تمكن قسمته.

«مسألة» قال (وإذا أصدقها عبدا بعينه فوجدت به عيبا فردته فلها عليه قيمته)

وجملة ذلك: أن الصداق اذا كان معينا فوجدت به عيبا فلها رده كالمبيع المعيب ولا نعلم في هذا خلافا إذا كان العيب كثيراً فان كان يسيراً فحكي عن أبي حنيفة أنه لا يرد به.

ولنا أنه عيب يرد به المبيع فرد به الصداق كالكثير وإذا رد به فلها قيمته لأن العقد لا ينفسخ برده فيبقى سبب استحقاقه فيجب عليه قيمته كما لو غصبها اياه فأتلفه، وان كان الصداق مثليا كالمكيل والموزون فردته فلها عليه مثله لانه أقرب اليه، وان اختارت امساك المعيب وأخذ أرشه فلها ذلك في قياس المذهب، وان حدث به عيب عندها ثم وجدت به عيبا خيرت بين أخذ أرشه وبين رده ورد أرش عيبه لانه عوض في عقد معاوضة فيثبت فيه ذلك كالبيع، وسائر فروع الرد بالعيب فيثبت فيها ههنا مثل ما يثبت في البيع لما ذكرنا

(فصل) وان شرطت في الصداق صفة مقصودة كالكتابة والصناعة فبان بخلافها فلها الرد كما ترد به في البيع وهكذا ان دلسه تدليسا يرد به المبيع مثل تحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجعيده وتضمير الماء على الحجر وأشباه ذلك فلها الرد به، وان وجدت الشاة مصراة فلها ردها ورد صاع من تمر قياسا على البيع؛ وقد نقل مهنا عن أحمد فيمن تزوج امرأة على ألف ذراع فإذا هي تسعمائة؛ هي

بالخيار إن شاءت أخذت الدار وان شاءت أخذت قيمة ألف ذراع والنكاح جائز وهذا فيما إذا أصـــدقها داراً بعينها على أنها ألف ذراع فخرجت تسعمائة ، فهذا كالعيب فى ثبوت الرد لانه شرط شرطا مقصودا فبان بخلافه ، فأشبه ما لو شرط العبد كاتبا فبان بخلافه ، ويجوز احد الإمســاك لأن المرأة رضيت بها ناقصة ولم يجعل لها مع الامساك أرشا لأن ذلك ليس بعيب ، ويحتمل أن لها الرجوع بقيمة نقصها أو ردها وأخذ قيمتها

« مسألة » قال ( وكذلك اذا تزوجها على عبد فخرج حراً أو استحق ، سواء سلمه اليها أو لم يسلمه )

وجملة ذلك انه اذا تزوجها على عبـــد بعينه تظنه عبدا مملوكاً فخرج حرا أو مغصوبا فلها قيمته ، وبهذا قال ابو يوسف والشافعى فى قديم قوليه . وقال فى الجديد لها مهر المثل ، وقال ابو حنيفة ومحمد فى المغصوب كقولنا ، وفى الحر كقوله لأن العقد تعلق بعين الحر بإشارته اليه ، فأشبه ما لو علماه حرا

ولنا أن العقد وقع على التسمية فكانت لها قيمته كالمغصوب ، ولأنها رضيت بقيمته إذ ظنته مملوكا فكان لها قيمته ، كما لو وجدته معيبا فردته ، بخلاف ما اذا قال أصدقتك هذا الحر او هذا المغصوب فإنها رضيت بلا شيء لرضاها بما تعلم انه ليس بمال أو بما لا يقدر على تمليكه إياها ، فكان وجود التسمية كعدمها : فكان لها مهر المثل ؛ وقول الخرقى « سواء سلمه اليها او لم يسلمه » يعنى ان تسليمه لا يفيد شيئا لأنه سلم مالا يجوز تسليمه ولا تثبت اليد عليه فكان وجوده كعدمه

## فصـــل

فإن أصدقها مثليا فبان مغصوبا فلها مثله . لأن المثل اقرب اليه ولهذا يضمن به فى الاتلاف ، وان اصدقها جرة خل فخرجت خمرا أو مغصوبة فلها مثل ذلك خلا لأن الخل من ذوات الأمثال ، وهذا مذهب أبى حنيفة وبعض أصحاب الشافعى . وقال القاضى : لها قيمته لأن الخمر ليس بمال ولا من ذوات الأمثال . والصحيح ما قلناه لأنه سماه خلا فرضيت به على ذلك فكان لها بدل المسمى كالحر

وما ذكره يبطل بما اذا أصدقها عبدا فبان حرا ، ولأنه ان أوجب قيمة الخمر فالخمر لا قيمة له ، وان أوجب قيمة الخل فقد اعتبر التسمية فى ايجاب قيمته ففى ايجاب مثله أولى .

( فصـــــل ) فإن قال أصدقتك هذا الخمر وأشار الى الخل أو عبد فلان هذا وأشار إلى عبده صحت التسمية ولها المشار اليه لأن المعقود عليه يصح العقد عليه فلا يختلف حكمه باختلاف صفته ، كما لو قال بعتك هذا الأسود وأشار الى أبيض أو هذا الطويل وأشار الى قصير

( فصـــــل ) وان تزوجها على عبدين ، فخرج أحدهما حرا او مغصوبا صح الصداق فى مملوكه ولها قيمة الآخر ، نص عليه احمد ، وان كان عبدا واحدا فخرج نصفه حرا او مغصوبا فلها الخيار بين رده وأخذ قيمته وبين امساك نصفه واخذ قيمة باقية ، نص عليه احمد لأن الشركة عيب فكان لها الفسخ ، كما لو وجدته معيبا . فإن قيل فلم لاتقولون ببطلان التسمية فى الجميع وترجع بالقيمة كلها فى المسألتين كما فى تفريق الصفقة ؟ قلنا ان القيمة بدل انما يصار اليها عند العجز عن الاصل . وههنا العبد المملوك مقدور عليه ولا عيب فيه وهو مسمى فى العقد فلا يجوز الرجوع الى بدله . أما تفريق الصفقة فإنه اذا بطل العقد فى الجميع صرنا الى الثمن ، وليس هو بدلا عن المبيع ، وانما انفسخ العقد فرجع فى رأس ماله . وههنا لا ينفسخ العقد وانما رجع الى قيمة الحر منهما لتعذر تسليمه فلا وجه لايجاب قيمته ، وأما اذا كان نصفه حرا ففيه عيب فجاز رده بعيبه ، وقال ابو حنيفة : اذا أصدقها عبدين فاذا أحدهما حر فلها العبد وحده صداقا ولا شيء لها سواه .

ولنا انه أصدقها حرا فلم تسقط تسميته الى غير شيء ، كما لو كان منفردا

• مسألة • قال ( واذا تزوجها على ان يشترى لها عبدا بعينه فلم يبع او طلب فيه أكثر من قيمته او لم يقدر عليه فلها قيمته )

نص أحمد على هذا فى رواية الاثرم : وقال الشافعى : لا تصح التسمية ولها مهر المثل لأنه جعل ملك غيره عوضا فلم يصح كالبيع

ولنا أنه أصدقها تحصيل عبد معين فصح كما لو تزوجها على رد عبدها الآبق من مكان معلوم ، ولا نسلم أنه جعل ملك غيره عوضا وإنما العوض تحصيله وتمليكها إياه . إذا ثبت هذا فانه إذا قدر عليه بثمن مثله لزمه تحصيله ودفعه اليها وان جاءها بقيمته لم يلزمها قبوله لأنه قدر على دفع صداقها اليها فلزمه كما لو أصدقها عبداً يملكه ، وإن لم يبعه سيده أو تعذر عليه الوصول اليه لتلفه أو غير ذلك أو طلب فيه أكثر من قيمته فلها قيمته لأنه تعذر الوصول الى قبض المسمى المتقوم فوجبت قيمته كما لو تلف ، وان كان الذي جعل لها مثليا فتعذر شراؤه وجب لها مثله لأن المثل أقرب اليه .

( فصل ) وان تزوجها على عبد موصوف فى الذمة صح لأنه يصح أن يكون عوضا فى البيع . فان جاءها بقيمته لم يلزمها قبولها . وبهذا قال الشافعي واختاره أبو الخطاب وقال القاضي يلزمها قبولها قياسا على الابل فى الدية .

ولنا أنها استحقت عليه عبداً بعقد معاوضة فلم يلزمها أخذ قيمته كالمسلم فيه ، ولأنه عبد وجب صداقا فأشبه ما لو كان معيبا ، وأما الدية فلا يلزم أخذ قيمة الابل وإنما الأثمان أصل فى الدية كما أن الابل أصل فيتخير بين دفع أى الأصول شاء فيلزم الولي قبوله لا على طريق القيمة بخلاف مسألتنا ، ولأن الدية خارجه عن القياس فلا يناقض بها ولا يقاس عليها . ثم قياس العوض على سائر الأعواض أولى من قياسه على غير عقود المعاوضات ثم ينتقض بالعبد المعين

( فصل ) وان تزوجها على أن يعتق أباها صح نص عليه أحمد فان طلب به أكثر من قيمته أو لم يقدر عليه فلها قيمته . وهذا قول الشعبي ووجهه ما تقدم فان جاءها بقيمته مع امكان شرائه لم يلزمها قبولها لما ذكرنا ولأنه يفوت عليها العوض فى عتق ابيها

( فصل ) ولا يصح الصداق الا معلوما يصح بمثله البيع ، وهذا اختيار ابي بكر ومذهب الشافعي : وقال القاضي يصح مجهولا ما لم تزد جهالته على مهر المثل لأن جعفر بن محمد نقل عن احمد فى رجل تزوج امرأة على الف درهم وخادم فطلقها قبل ان يدخل بها : يقوّم الخادم وسطا على قدر ما يخدم مثلها ، ونحو هذا قول

ابى حنيفة : فعلى هذا اذا تزوجها على عبد أو أمة او فرس او بغل او حيوان من جنس معلوم او ثوب هروى او مروى وما اشبهه مما يذكر جنسه فإنه يصح ولها الوسط ، وكذلك قفيز حنطة وعشرة ارطال زيت ، وإن كانت الجهالة تزيد على جهالة مهر المثل كثوب أو دابة او حيوان او على حكمها او حكمه او حكم اجنبي او على حنطة او شعير او زيت او على ما اكتسبه فى العام لم يصح لأنه لا سبيل الى معرفة الوسط فيتعذر تسليمه

وفى الأول يصح لقول النبي صلى الله عليه وسلم « العلائق ما تراضى عليه الأهلون » وهذا قد تراضوا عليه ، ولأنه موضع يثبت فيه الحيوان فى الذمة بدلا عما ليس المقصود فيه المال فثبت مطلقا كالدية ؛ ولأن جهالة التسمية ههنا أقل من جهالة مهر المثل لأنه يعتبر بنسائها مما يساويها فى صفاتها وبلدها وزمانها ونسبها ثم لو تزوجها على مهر مثلها صح ، فههنا مع قلة الجهل فيه أولى ، ويفارق البيع فإنه لا تحتمل فيه الجهالة بحال

وقال مالك : يصح مجهولا ، لأن ذلك ليس بأكثر من ترك ذكره . وقال أبو الخطاب : ان تزوجها على عبد من عبيده او قميص من قمصانه او عمامة من عمائمه ونحو ذلك صح ، لأن احمد قال فى رواية مهنا فيمن تزوج على عبد من عبيده جائز ، فإن كانوا عشرة عبيد تعطى من أوسطهم ، فإن تشاحا أقرع بينهم ، قلت وتستقيم القرعة فى هذا ؟ قال نعم ، ووجهه أن الجهالة ههنا يسيرة ويمكن التعيين بالقرعة ، بخلاف ما اذا أصدقها عبدا مطلقا فان الجهالة تكثر فلا يصح .

ولنا أن الصداق عوض فى عقد معاوضة فلم يصح مجهولا كعوض البيع ، والاجارة . ولأن المجهول لا يصلح عوضا فى البيع فلم تصح تسميته كالمحرم ، وكما لو زادت جهالته على مهر المثل . وأما الخبر فالمراد به ما تراضوا عليه مما يصلح عوضا بدليل سائر مالا يصلح . وأما الدية فإنها تثبت بالشرع لا بالعقد وهى خارجة عن القياس فى تقديرها ، ومن وجبت عليه فلا ينبغى أن تجعل أصلا ، ثم ان الحيوان الثابت فيها موصوف بسنه مقدر بقيمته ، فكيف يقاس عليه العبد المطلق فى الامرين؟ ثم ليست عقداً وانما الواجب بدل متلف لا يعتبر فيه التراضي فهو كقيم

المتلفات ، فكيف يقاس عليها عوض فى عقد يعتبر تراضيهما به ؟ ثم إن قياس العوض فى عقد معاوضة على عوض فى معاوضة أخرى أصح وأولى من قياسه على بدل متلف ، وأما مهر المثل فإنما يجب عند عدم التسمية الصحيحة كما تجب قيم المتلفات وإن كانت تحتاج إلى نظر ، ألا ترى أنا نصير إلى مهر المثل عند عدم التسمية ولا نصير إلى عبد مطلق ، ولو باع ثوبا بعبد مطلق فأتلفه المشترى فإنا نصير إلى تقويمه ولا نوجب العبد المطلق ، ثم لا نسلم أن جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر المثل ، فإن العادة فى القبائل والقرى أن يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف إلا بالبكارة والثيوبة فحسب . فيكون إذاً معلوما والوسط من الجنس يبعد الوقوف عليه لكثرة أنواع الجنس واختلافها واختلاف الأعيان فى النوع الواحد ، وأما تخصيص التصحيح بعبد من عبيده فلا نظير له يقاس عليه ولا نعلم فيه نصاً يصار إليه فكيف يثبت الحكم فيه بالتحكم ؟

وأما نصوص أحمد على الصحة فتأولها أبو بكر على أنه تزوجها على عبد معين ثم أشكل عليه ، إذا ثبت هذا فإن لها مهر المثل فى كل موضع حكمنا بفساد التسمية ، ومن قال بصحتها أوجب الوسط من المسمى والوسط من العبيد السندى لأن الأعلى التركى والرومى والأسفل الزنجى والحبشى والوسط السندى والمنصورى ، قال القاضى وإن أعطاها قيمة العبد لزمها قبولها إلحاقا بالإبل فى الدية .

( فصل ) ويجوز أن يكون الصداق معجلا ومؤجلا وبعضه معجلا وبعضه مؤجلا لأنه عوض فى معاوضة فجاز ذلك فيه كالثمن ثم إن أطلق ذكره اقتضى الحلول كما لو أطلق ذكر الثمن ؛ وإن شرطه مؤجلا إلى وقت فهو إلى أجله ، وإن أجله ولم يذكر أجله فقال القاضى : المهر صحيح ومحله الفرقة فإن أحمد قال إذا تزوج على العاجل والآجل لا يحل الآجل إلا بموت أو فرقة ، وهذا قول النخعى والشعبى .

وقال الحسن وحماد ابن أبى سليمان وأبو حنيفة والثورى وأبو عبيد يبطل الأجل ويكون حالا ، وقال إياس بن معاوية وقتادة : لا يحل حتى يطلق أو يخرج من مصرها أو يتزوج عليها ، وعن مكحول والأوزاعى والعنبرى . يحل إلى سنة بعد دخوله بها ، واختار أبو الخطاب أن المهر فاسد ولها مهر المثل ، وهو قول الشافعى

لانه عوض مجهول المحل ففسد كالثمن فى البيع ، ووجه القول الأول : أن المطلق يحمل على العرف والعادة فى الصداق الآجل ترك المطالبة به الى حين الفرقة فحمل عليه فيصير حينئذ معلوماً بذلك ، فأما إن جعل الاجل مدة مجهولة كقدوم زيد ومجيء المطر ونحوه لم يصح لانه مجهول ، وإنما صح المطلق لأن أجله الفرقة بحكم العادة ، وههنا صرفه عن العادة بذكر الاجل ولم يبينه فبقي مجهولا ، فيحتمل أن تبطل التسمية ويحتمل أن يبطل التأجيل ويحل .

« مسألة » قال ﴿ وإذا تزوجها على محرّم وهما مسلمان ثبت النكاح وكان لها مهر المثل أو نصفه ان كان طلقها قبل الدخول ﴾

فى هذه المسألة ثلاث مسائل :

الاولى : أنه اذا سمى فى النكاح صداقا محرما كالخمر والخنزير فالتسمية فاسدة والنكاح صحيح ، نص عليه أحمد ، وبه قال عامة الفقهاء منهم الثورى والاوزاعى والشافعى وأصحاب الراى ، وحكى عن أبى عبيد أن النكاح فاسد واختاره أبو بكر عبد العزيز قال لان أحمد قال فى رواية المروذى اذا تزوج على مال غير طيب فكرهه ، فقلت : ترى استقبال النكاح ؟ فأعجبه ، وحكى عن مالك أنه ان كان بعد الدخول ثبت النكاح وان كان قبله فسخ . واحتج من أفسده بأنه نكاح جعل الصداق فيه محرماً فأشبه نكاح الشغار .

ولنا أنه نكاح لو كان عوضه صحيحا كان صحيحاً فوجب أن يكون صحيحا وان كان عوضه فاسداً كما لو كان مغصوبا أو مجهولا ، ولانه عقد لا يفسد بجهالة العوض فلا يفسد بتحريمه كالخلع ، ولان فساد العوض لا يزيد على عدمه ولو عدم كان العقد صحيحا فكذلك اذا فسد ، وكلام أحمد فى رواية المروذى محمول على الاستحباب ، فإن مسألة المروذى فى المال الذى ليس بطيب وذلك لا يفسد العقد بتسميته فيه اتفاقا ، وما حكى عن مالك لا يصح فإن ما كان فاسداً قبل الدخول فهو بعده فاسد كنكاح ذوات المحارم ، فأما اذا فسد الصداق لجهالته أو عدمه أو العجز عن تسليمه فإن النكاح ثابت لا نعلم فيه خلافا ، وقول الخرقى « وهما مسلمان » احتراز من الكافرين اذا عقد النكاح بمحرم فإن هذه قد مر تفصيلها .

المسألة الثانية : أنه يجب مهر المثل وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وذلك لأن فساد العوض يقتضي رد المعوض وقد تعذر رده لصحة النكاح فيجب رد قيمته وهو مهر المثل كمن اشترى شيئا بثمن فاسد فقبض المبيع وتلف في يده فإنه يجب عليه رد قيمته ، فإن دخل بها استقر مهر المثل في قولهم جميعا ، وإن مات أحدهما فكذلك لأن الموت يقوم مقام الدخول في تكميل الصداق وتقريره ، وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى لا يستقر بالموت إلا أن يكون قد فرضه لها ، وإن طلق قبل الدخول فلها نصف مهر المثل وبهذا قال الشافعي ، وقال أصحاب الرأى لها المتعة لأنه لو لم يسم لها صداقا كان لها المتعة ، فكذلك إذا سمى لها تسمية فاسدة لان هذه التسمية كعدمها ، وذكر القاضي في الجامع أنه لا فرق بين من لم يسم لها صداقا وبين من سمى لها محرما كالخمر أو مجهولا كالثوب ، وفي الجميع روايتان .

إحداهما : لها المتعة إذا طلقها قبل الدخول لان ارتفاع العقد يوجب رفع ما أوجبه من العوض كالبيع ، لكن تركناه في نصف المسمى لتراضيهما عليه فكان ما تراضيا عليه أولى ، ففي مهر المثل يبقى على الاصل في أنه يرتفع وتجب المتعة .

والثانية : أن لها نصف مهر المثل لان ما أوجبه عقد النكاح يتنصف بالطلاق قبل الدخول ومهر المثل قد أوجبه العقد فيتنصف به كالمسمى ، والخرقي فرق بينهما فأوجب في التسمية الفاسدة نصف مهر المثل وفي المفوضة المتعة ، وهو مذهب الشافعي لان المفوضة رضيت بلا عوض وعاد إليها بضعها سليما وإيجاب نصف المهر لها لا وجه له لان الله تعالى أوجب لها المتعة ففي ايجاب نصف المهر جمع بينهما أو اسقاط للمتعة المنصوص عليها وكلاهما فاسد ، وأما التي اشترطت لنفسها مهراً فلم ترض الا بعوض ولم يحصل لها العوض الذى اشترطته فوجب لها بدل ما فات عليها من العوض وهو مهر المثل أو نصفه ان كان قبل الدخول ، ولان الاصل وجوب مهر المثل لانه وجب بالعقد بدليل أنه يستقر بالدخول والموت وانما خولف هذا في المفوضة بالنص الوارد فيها ففيما عداها يبقى على الاصل .

المسألة الثالثة . أنه اذا سمى لها تسمية فاسدة وجب مهر المثل بالغا ما بلغ ، وبه قال الشافعي وزفر ، وقال أبو حنيفة وصاحباه يجب الاقل من المسمى أو مهر المثل لان البضع لا يقوم الا بالعقد فإذا رضيت بأقل من مهر مثلها لم يقوم بأكثر مما رضيت به لانها رضيت بإسقاط الزيادة .

ولنا أن ما يضمن بالعقد الفاسد اعتبرت قيمته بالغا ما بلغ كالمبيع ، وما ذكروه فغير مسلم ثم لا يصح عندهم فإنه لو وطئها وجب مهر المثل ولو لم يكن له قيمة لم يجب ، فإن قيل انما وجب لحق الله تعالى ؟ قيل : لو كان كذلك لوجب أقل المهر ولم يجب مهر المثل .

« مسألة » قال ( وإذا تزوجها على ألف لها وألف لابيها كان ذلك جائزاً فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف الالفين ولم يكن على الاب شيء مما أخذه )

وجملة الامر أنه يجوز لابي المرأة أن يشترط شيئا من صداق ابنته لنفسه وبهذا قال اسحاق ، وقد روى عن مسروق أنه لما زوج ابنته اشترط لنفسه عشرة آلاف ، فجعلها في الحج والمساكين ، ثم قال للزوج : جهز امرأتك ، وروى نحو ذلك عن علي بن الحسين ، وقال عطاء وطاوس وعكرمة وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو عبيد يكون كل ذلك للمرأة ، وقال الشافعي اذا فعل ذلك فلها مهر المثل وتفسد التسمية لانه نقص من صداقها لأجل هذا الشرط الفاسد لان المهر لا يجب الا للزوجة لانه عوض بضعها فيبقى مجهولا لانا نحتاج أن نضم الى المهر ما نقص منه لأجل هذا الشرط وذلك مجهول فيفسد .

ولنا قول الله تعالى في قصة شعيب عليه السلام ( اني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج ) فجعل الصداق الإجارة على رعاية غنمه وهو شرط لنفسه ، ولان للوالد الاخذ من مال ولده بدليل قوله عليه السلام أنت ومالك لابيك ، وقوله « ان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم » أخرجه أبو داود ونحوه الترمذي ، وقال حديث حسن ؛ فإذا شرط لنفسه شيئا من الصداق يكون ذلك أخذاً من مال ابنته وله ذلك .

قولهم انه شرط فاسد ممنوع ، قال القاضي ولو شرط جميع الصداق لنفسه صح بدليل قصة شعيب فانه شرط الجميع لنفسه ، واذا تزوجها على ألف لها وألف لابيها فطلقت قبل الدخول رجع الزوج في الالف الذي قبضته ولم يكن على الاب شيء مما أخذ لان الطلاق قبل الدخول يوجب نصف الصداق والالفان جميع صداقها فرجع عليها بنصفيهما وهو ألف ولم يكن على الاب شيء لانه أخذ من مال ابنته ألفا فلا يجوز الرجوع عليه به ، وهذا فيما اذا كان قد أقبضها الالفين ولو طلقها قبل قبضها سقط عن الزوج ألف وبقي عليه ألف للزوجة يأخذ الاب منها ما شاء .

وقال القاضي يكون بينهما نصفين وقال نقله مهنا عن أحمد لانه شرط لنفسه النصف ولم يحصل من الصداق الا النصف ، وليس هذا القول على سبيل الايجاب فان للأب أن يأخذ ما شاء ويترك ما شاء ، واذا ملك أن يأخذ من غير شرط فكذلك اذا شرط .

## فصل

فان شرط ذلك غير الاب من الاولياء كالجد والاخ والعم فالشرط باطل ، نص عليه أحمد ، وجميع المسمى لها ، ذكره أبو حفص وهو قول من سمينا في أول المسألة ، وقال الشافعي يجب مهر المثل ، وهكذا ذكر القاضي في المجرد لان الشرط اذا بطل احتجنا أن نرد الى الصداق ما نقصت الزوجة لاجله ولا يعرف قدره فيصير الكل مجهولا فيفسد ، وان أصدقها ألفين على أن تعطي أخاها ألفا فالصداق صحيح لانه شرط لا يزاد في المهر من أجله ولا ينقص منه فلا يؤثر في المهر بخلاف التي قبلها .

ولنا أن جميع ما اشترطه عوض في تزويجها فيكون صداقا لها ، كما لو جمعه لها ، واذا كان صداقا انتفت الجهالة ، وهكذا لو كان الاب هو المشترط لكان الجميع صداقا وانما هو أخذ من مال ابنته لان له ذلك ، ويشترط أن لا يكون ذلك مجحفا بمال ابنته ، فان كان مجحفا بمالها لم يصح الشرط وكان الجميع لها ، كما لو اشترطه سائر أوليائها ، ذكره القاضي في المجرد .

( فصل ) فإن شرط لنفسه جميع الصداق ثم طلق قبل الدخول بعد تسليم الصداق اليه رجع فى نصف ما أعطى الأب لأنه الذى فرضه لها فترجع فى نصفه لقوله تعالى ( فنصف ما فرضتم ويحتمل أن يرجع عليها بقدر نصفه ، ويكون ماأخذه الأب له لأننا قدرنا أن الجميع صار لها ثم أخذه الأب منها فتصير كأنها قبضته ثم أخذه منها ، وهكذا لو أصدقها ألفا لها وألفا لأبيها ثم ارتدت قبل الدخول ، فهل يرجع فى الألف الذى قبضه الاب أو عليها ؟ على وجهين .

« مسألة » قال ( وإذا أصدقها عبداً صغيراً فكبر ثم طلقها قبل الدخول ، فإن شاءت دفعت اليه نصف قيمته يوم وقع عليه العقد أو تدفع اليه نصفه زائداً إلا أن يكون يصلح صغيراً لما لا يصلح له كبيراً فيكون له عليها نصف قيمته يوم وقع عليه العقد إلا أن يشاء أخذ ما بذلته من نصفه )

فى هذه المسألة أحكام : منها : أن المرأة تملك الصداق بالعقد ، وهذا قول عامة أهل العلم ، إلا أنه حكى عن مالك أنها لا تملك إلا نصفه ، وروى عن أحمد ما يدل على ذلك ، وقال ابن عبد البر : هذا موضع اختلف فيه السلف والآثار .

وأما الفقهاء اليوم فعلى أنها تملكه ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم « إن أعطيتها إزارك ، جلست ولا إزار لك » دليل على أن الصداق كله للمرأة لا يبقى للرجل منه شيء ولأنه عقد تملك به العوض بالعقد فملك فيه العوض كاملا كالبيع وسقوط نصفه بالطلاق لا يمنع وجوب جميعه بالعقد ، ألا ترى أنها لو ارتدت سقط جميعه ، وإن كانت قد ملكت نصفه .

إذا ثبت هذا فإن نماءه وزيادته لها سواء قبضته أو لم تقبضه متصلا كان أو منفصلا ، وإن كان مالا زكائيا ، حال عليه الحول ، فزكاته عليها ، نص عليه أحمد وان نقص بعد قبضها له أو تلف : فهو من ضمانها ولو زكته ثم طلقت قبل الدخول كان ضمان الزكاة كلها عليها ، وأما قبل القبض ، فهو من ضمان الزوج ، إن كان مكيلا أو موزونا ، وأما غيرهما فإن منعها منه ولم يمكنها من قبضه فهو من ضمانه لأنه بمنزلة الغاصب ، وان لم يحل بينه وبينها فهل يكون من ضمانها أو من ضمانه ؟ على وجهين بناء على المبيع ، وقد ذكرنا حكمه فى بابه .

الحكم الثانى : أن الصداق ينتصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى ( وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم ) وليس فى هذا اختلاف بحمد الله ، وقياس المذهب أن نصف الصداق يدخل فى ملك الزوج حكما كالميراث لا يفتقر إلى اختياره وارادته ، فما يحدث من النماء يكون بينهما ، وهو قول زفر ، وذكر القاضى احتمالا آخر : أنه لا يدخل فى ملكه حتى يختار كالشفيع ، وهو قول أبى حنيفة ، وللشافعى قولان كالوجهين .

ولنا قوله تعالى ( فنصف ما فرضتم ) أى لكم أو لهن ، فاقتضى ذلك أن النصف لها ، والنصف له بمجرد الطلاق ، ولان الطلاق سبب يملك به بغير عوض فلم يقف الملك على ارادته واختياره كالإرث ، ولأنه سبب لنقل الملك ، فنقل الملك بمجرده كالبيع وسائر الأسباب ، ولا تلزم الشفعة ، فإن سبب الملك فيها الأخذ بها ، ومتى أخذ بها ثبت الملك من غير ارادته واختياره ، وقبل الأخذ ما وجد السبب ، وانما استحق بمباشرة سبب الملك ومباشرة الاسباب موقوفة على اختياره ، كما أن الطلاق مفوض الى اختيـاره ، فالأخذ بالشفعة نظير الطلاق وثبوت الملك للآخذ بالشفعة نظير ثبوت الملك للمطلق ، فإن ثبوت الملك حكم لهما وثبوت أحكام الأسباب بعد مباشرتها لا يقف على اختيار أحد ، ولا ارادته ، فإن نقص الصداق فى يد المرأة بعد الطلاق ، فإن كان قد طالبها به فمنعته ، فعليها الضمان لأنها غاصبة ، وان تلف قبل مطالبته فقياس المذهب انه لا ضمان عليها لأنه حصل فى يدها بغير فعلها ولا عدوان من جهتها ، فلم تضمنه كالوديعة ، وإن اختلفا فى مطالبته لها فالقول قولها لانها منكرة .

وان ادعى ان التلف او النقص كان قبل الطلاق ، وقالت بعده ، فالقول ايضاً قولها ، لانه يدعى مايوجب الضمان عليها وهى تنكره ، والقول قول المنكر وظاهر قول اصحاب الشافعى : ان على المرأة الضمان لما تلف او نقص فى يدها بعد الطلاق لانه حصل فى يدها بحكم قطع العقد ، فأشبه المبيع اذا ارتفع العقد بالفسخ

ولنا ما ذكرناه ، واما المبيع فيحتمل ان يمنع ، وان سلمنا فإن الفسخ ان كان منهما أو من المشترى فقد حصل منه التسبب الى جعل ملك غيره فى يده ، وفى

مسألتنا ليس من المرأة فعل ، وانما حصل ذلك بفعل الزوج وحده ، فأشبه ما لو ألقى ثوبه فى دارها بغير أمرها .

( فصل ) ولو خالع إمرأته بعد الدخول ثم تزوجها فى عدتها وطلقها قبل دخوله بها : فلها فى النكاح الثانى نصف الصداق أو المسمى فيه ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبوحنيفة : لها جميعه لأن حكم الوطء موجود فيه بدليل أنها لو أتت بولد لزمه ولنا قول الله سبحانه ( وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة ، فنصف ما فرضتم ) ولأنه طلاق من نكاح لم يمسها فيه ، فوجب أن يتنصف به المهر ، كما لو تزوجها بعد العدة ، وما ذكره غير صحيح ، فان لحوق النسب لا يقف على الوطء عنده ولا يقوم مقامه ، فأما إن كان لم يدخل بها فى النكاح الأول أيضاً فعليه نصف الصداق الأول ونصف الصداق الثانى بغير خلاف

الحكم الثالث : أن الصداق إذا زاد بعد العقد لم يخل من أن تكون الزيادة غير متميزة كعبد يكبر أو يتعلم صناعة أو يسمن ، أو متميزة كالولد والكسب والثمرة ، فان كانت متميزة أخذت الزيادة ورجع بنصف الأصل ، وان كانت غير متميزة ، فالخيرة اليها إن شاءت دفعت اليه نصف قيمته يوم العقد ، لأن الزيادة لها لا يلزمها بذلها ولا يمكنها دفع الأصل بدونها فصرنا إلى نصف القيمة ، وان شاءت دفعت اليه نصفاً زائداً فيلزمه قبوله لأنها دفعت اليه حقه وزيادة لا تضر ولا تتميز فان كان محجوراً عليها لم يكن لها الرجوع الا فى نصف القيمة ، لان الزيادة لها ، ولا يجوز لها ولا لوليها التبرع بشيء لا يجب عليها .

وان نقص الصداق بعد العقد فهو من ضمانها ، ولا يخلو أيضا من أن يكون النقص متميزاً أو غير متميز . فان كان متميزاً كعبدين تلف أحدهما ، فانه يرجع بنصف الباقى ونصف قيمة التالف أو مثل نصف التالف ان كان من ذوات الأمثال وان لم يكن متميزاً كعبد كان شابا فصار شيخا فنقصت قيمته أو نسى ما كان يحسن من صناعة أو كتابة أو هزل ، فالخيار الى الزوج ، ان شاء رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها ، لأن ضمان النقص عليها فلا يلزمه أخذ نصفه لأنه دون حقه وان شاء رجع بنصفه ناقصا فتجبر المرأة على ذلك لأنه رضى أن يأخذ حقه ناقصا

وان اختار أن يأخذ أرش النقص مع هذا لم يكن له ، هذا فى ظاهر كلام الخرقى ، وهو قول أكثر الفقهاء .

وقال القاضي : القياس أن له ذلك ، كالمبيع يمسكه ويطالب بالأرش ، وبما ذكرناه كله ، قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال محمد بن الحسن : الزيادة غير المتميزة تابعة للعين فله الرجوع فيها ، لانها تتبع فى الفسوخ فأشبهت زيادة السوق .

ولنا أنها زيادة حدثت فى ملكها ، فلم تنصف بالطلاق كالمتميزة ، واما زيادة السوق فليست ملكه ، ويفارق نماء المبيع لأن سبب الفسخ العيب وهو سابق على الزيادة وسبب تنصيف المهر الطلاق وهو حادث بعدها ، ولان الزوج يثبت حقه فى نصف المفروض دون العين . ولهذا لو وجدها ناقصة كان له الرجوع الى نصف مثلها أو قيمتها بخلاف المبيع المعيب ، والمفروض لم يكن معينا فلم يكن له اخذه ، والمبيع تعلق حقه بعينه فتبعه نماؤه ، فأما ان نقص الصداق من وجه وزاد من وجه ، مثل ان يتعلم صنعة وينسى اخرى او هزل وتعلم ، ثبت الخيار لكل واحد منهما ؛ وكان له الامتناع من العين والرجوع الى القيمة ، فان اتفقا على نصف العين جاز ، وان امتنعت المرأة من بذل نصفها فلها ذلك لاجل الزيادة ، وان امتنع هو من الرجوع فى نصفها فله ذلك لأجل النقص ، واذا امتنع أحدهما رجع فى نصف قيمتها .

( فصل )

فإن كانت العين تالفة وهي من ذوات الامثال ، رجع فى نصف مثلها والا رجع فى نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض ، أو الى حين التمكين منه على ما ذكرنا من الاختلاف ، لأن العين ان زادت فالزيادة لها تختص بها ، وان نقصت قبل ذلك فالنقص من ضمانه ، وان طلقها قبل قبض الصداق وقبل الدخول ، وقد زادت زيادة منفصلة فهى لها تنفرد بها ، وتأخذ نصف الأصل ، وان كانت الزيادة متصلة فلها الخيار بين أن تأخذ النصف ويبقى له النصف . وبين ان تأخذ الكل وتدفع اليه قيمة النصف غير زائد ، وان كان ناقصا فلها الخيار بين أخذه ناقصا وبين مطالبته بنصف قيمته غير ناقص .

( فصل ) إذا أصدقها نخلا حائلا فأطلعت ثم طلقها قبل الدخول فله نصف

قيمتها وقت ما أصدقها ، وليس له الرجوع فى نصفها لأنها زائدة زيادة متصلة فأشبهت الجارية إذا سمنت ، وسواء كان الطلع مؤبراً أو غير مؤبر لأنه متصل بالأصل ولا يجب فصله عنه فى هذه الحال ، فأشبه السمن وتعلم الصناعة ، فإن بذلت له المرأة الرجوع فيها مع طلعها أجبر على ذلك لأنها زيادة متصلة ولا يجب فصلها وان قال اقطعى ثمرتك حتى أرجع فى نصف الأصل لم يلزمها لأن عرف هذه الثمرة أنها لا تؤخذ إلا بالجذاذ بدليل البيع ولأن حق الزوج انتقل إلى القيمة فلم يعد الى العين الا برضاها ، فإن قالت المرأة أترك الرجوع حتى أجذ ثمرتى وترجع فى نصف الاصل أو أرجع فى الأصل وأمهلنى حتى أقطع الثمرة أو قال الزوج أنا أصبر حتى إذا جذذت ثمرتك رجعت فى الأصل أو قال أنا أرجع فى الأصل وأصبر حتى تجذى ثمرتك لم يلزم واحداً منهما قبول قول الآخر ، لأن الحق انتقل الى القيمة فلم يعد الى العين إلا برضاهما .

ويحتمل أن يلزمها قبول ما عرض عليها لأن الضرر عليه ، فأشبه ما لو بذلت له نصفها مع طلعها وكما لو وجد العين ناقصة فرضى بها ؛ وان تراضيا على شيء من ذلك جاز ، والحكم فى سائر الشجر كالحكم فى النخل وإخراج النور فى الشجر بمنزلة الطلع الذى لم يؤبر ، وان كانت أرضا فحرثها فتلك زيادة محضه ان بذلتها له بزيادتها لزمه قبولها كالزيادات المتصلة كلها ، وان لم تبذلها دفعت نصف قيمتها وان زرعتها فحكمها حكم النخل إذا أطلع الا فى موضع واحد وهو أنها اذا بذلت نصف الأرض مع نصف الزرع لم يلزمه قبوله بخلاف الطلع مع النخل ، والفرق بينهما من وجهين :

أحدهما : أن الثمرة لا ينقص بها الشجر والارض تنقص بالزرع وتضعف :

والثانى : أن الثمرة متولدة من النخل فهى تابعة له والزرع ملكها أودعته فى الارض فلا يجبر على قبوله .

وقال القاضى : يجبر على قبوله كالطلع سواء وقد ذكرنا ما يقتضى الفرق ومسائل الغراس كمسائل الزرع ، فان طلقها بعد الحصاد ولم تكن الارض زادت ولا نقصت رجع فى نصفها ، وان نقصت بالزرع أو زادت به رجع فى نصف قيمتها إلا أن يرضى بأخذها ناقصة أو ترضى هى ببذلها زائدة .

( فصل ) وإذا أصدقها خشبا فشققته أبوابا فزادت قيمته لم يكن له الرجوع في نصفه لزيادته ولا يلزمه قبول نصفه لانه نقص من وجه فانه لم يبق مستعداً لما كان يصلح له من التسقيف وغيره ، وإن أصدقها ذهبا أو فضة فصاغته حليا فزادت قيمته فلها منعه من نصفه ، وإن بذلت له النصف لزمه القبول لان الذهب لا ينقص بالصياغة ولا يخرج عن كونه مستعداً لما كان يصلح له قبل صياغته . وإن أصدقها دنانير أو دراهم أو حليا فكسرته ثم صاغته على غير ما كان عليه لم يلزمه قبول نصفه لأنه نقص في يدها ولا يلزمها بذل نصفه لزيادة الصناعة التي أحدثتها فيه ، وإن عادت الدنانير والدراهم الى ما كانت عليه فله الرجوع في نصفها وليس له طلب قيمتها لانها عادت الى ما كانت عليه من غير نقص ولا زيادة فاشبه ما لو أصدقها عبداً فرض ثم برىء ، وإن صاغت الحلي على ما كان عليه ففيه وجهان :

أحدهما : له الرجوع كالدارهم إذا أعيدت .

والثاني : ليس له الرجوع في نصفه لأنها جددت فيه صناعة ، فاشبه ما لو صاغته على صفة أخرى ، ولو اصدقها جارية فهزلت ثم سمنت فعادت إلى حالتها الاولى فهل يرجع في نصفها ؟ على وجهين .

( فصل )

وحكم الصداق حكم البيع في ان ما كان مكيلا او موزونا لا يجوز لها التصرف فيه قبل قبضه ، وما عداه لا يحتاج الى قبض ولها التصرف فيه قبل قبضه . وقال القاضي وأصحابه : ما كان متعينا فلها التصرف فيه ومالم يكن متعينا كالقفيز من صبرة والرطل من زيت من دن لا تملك التصرف فيه حتى تقبضه كالمبيع ، وقد ذكرنا في المبيع رواية أخرى : أنها لا تملك التصرف في شيء منه قبل قبضه وهذا مذهب الشافعي . وهذا أصل ذكر في البيع

وذكر القاضي في موضع آخر أن مالم ينتقض العقد بهلاكه كالمهر وعوض الخلع يجوز التصرف فيه قبل قبضه لانه بذل لا ينفسخ السبب الذى ملك به بهلاكه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالوصية والميراث ، وقد نص أحمد على هبة المرأة زوجها صداقها قبل قبضها وهو نوع تصرف فيه . وقياس المذهب ان ما جاز لها

التصرف فيه فهو من ضمانها ان تلف أو نقص وما لا تصرف لها فيه فهو من ضمان الزوج وان منعها الزوج قبضه أو لم يمكنها منه فهو من ضمانه على كل حال لأن يده عادية فضمنه كالغاصب ، وقد نقل مهنا عن أحمد فى رجل تزوج امرأة على هذا الغلام ففقئت عينه فقال : ان كانت قبضته فهو لها وان لم تكن قبضته فهو على الزوج . فظاهر هذا أنه جعله قبل قبضه من ضمان الزوج بكل حال . وهو مذهب الشافعى . وكل موضع قلنا هو من ضمان الزوج قبل القبض اذا تلف قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفه ويضمنه بمثله ان كان مثليا ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى فى القديم . وقال فى الجديد يرجع الى مهر المثل لأن تلف العوض يوجب الرجوع فى المعوض فاذا تعذر رده رجع الى قيمته كالمبيع ، ومهر المثل هو القيمة فوجب الرجوع اليه .

ولنا أن كل عين يجب تسليمها مع وجودها اذا تلفت مع بقاء سبب استحقاقها فالواجب بدلها كالمغصوب والقرض والعاريه وفارق المبيع اذا تلف فان البيع انفسخ وزال سبب الاستحقاق ، اذا ثبت هذا فان التالف فى يد الزوج لا يخلو من أربعة أحوال :

أحدها : أن يتلف بفعلها فيكون ذلك قبضا منها ويسقط عن الزوج ضمانه والثانى : تلف بفعل الزوج فهو من ضمانه على كل حال ، ويضمنه لها بما ذكرناه ، والثالث : أتلفه أجنبي فلها الخيار بين الرجوع على الأجنبي بضمانه وبين الرجوع على الزوج ويرجع الزوج على المتلف : والرابع : تلف بفعل الله تعالى فهو على ما ذكرناه من التفصيل فى صدر المسألة

( فصل ) اذا طلق المرأة قبل الدخول وقد تصرفت فى الصداق بعقد من العقود لم يخل من ثلاثة أقسام . أحدها : ما يزيل الملك عن الرقبة كالبيع والهبة والعتق ، فهذا يمنع الرجوع وله نصف القيمة لزوال ملكها وانقطاع تصرفها فان عادت العين اليها قبل طلاقها ثم طلقها وهى فى يدها بحالها فله الرجوع فى نصفها لأنه وجدها بعينها ، فأشبه مالو لم تخرجها ولا يلزم الوالد اذا وهب لولده شيئا فخرج عن ملكه ثم عاد اليه حيث لا يملك الرجوع فيه لأننا نمنع ذلك ، وان سلمناه فان حق الوالد سقط بخروجه عن يد الولد بكل حال، بدليل أنه لا يطالب ببدله والزوج

لم يسقط حقه بالكلية بل يرجع بنصف قيمته عند عدمه ، فإذا وجد كان الرجوع في عينه أولى ، وفي معنى هذه التصرفات الرهن ، فإنه وإن لم يزل الملك عن الرقبة لكنه يراد للبيع المزيل للملك ، ولذلك لا يجوز رهن مالا يجوز بيعه، ففي الرجوع في العين إبطال لحق المرتهن من الوثيقة فلم يجز ، وكذلك الكتابة فإنها تراد للعتق المزيل للملك ، وهي عقد لازم فجرت مجرى الرهن . فإن طلق الزوج قبل إقباض الهبة أو الرهن أو في مدة الخيار في البيع ففيه وجهان

أحدهما : لا تجبر على رد نصفه اليه لأنه عقد عقدته في ملكها فلم تملك إبطاله كاللازم ، ولأن ملكها قد زال فلم تملك الرجوع فيما ليس بمملوك لها .

والثاني تجبر على تسليم نصفه لأنها قادرة على ذلك ولا زيادة فيها ، وللشافعي قولان كهذين الوجهين

فأما إن طلقها بعد تقبيض الهبة والرهن ولزوم البيع فلم يأخذ قيمة النصف حتى فسخ البيع ، والرهن والهبة لم يكن له الرجوع في نصفها ، لأن حقه يثبت في القيمة . والثاني تصرف غير لازم لا ينقل الملك كالوصية والشركة والمضاربة . فهذا لا يبطل حق الرجوع في نصفه ، ويكون وجود هذا التصرف كعدمه ، لأنه تصرف لم ينقل الملك ولم يمنع المالك من التصرف فلا يمنع من له الرجوع على المالك من الرجوع كالايداع والعارية .

فأما ان دبرته فظاهر المذهب انه لا يمنع الرجوع لأنه وصية أو تعليق نصفه وكلاهما لا يمنع الرجوع ، ولأنه لا يمنع البيع فلم يمنع الرجوع كالوصية ، ولا يجبر الزوج على الرجوع في نصفه ، بل يخير بين ذلك وبين أخذ نصف قيمته ، لأن شركة من نصفه مدبر نقص ولا يؤمن ان يرفع الى حاكم حنفي فيحكم بعتقه ، وان كانت أمة فدبرتها خرج على الروايتين ، ان قلنا تباع في الدين فهي كالعبد ، وان قلنا لا تباع لم يجبر الزوج على الرجوع في نصفها ، وان كانت الأمة أو العبد لم يجبر الزوج على الرجوع في العبد لأنه نقص ، وان اختار الرجوع وقلنا الكتابة تمنع البيع منعت الرجوع ، وان قلنا لا تمنع البيع احتمل ان لا تمنع الرجوع كالتدبير ، واحتمل أن تمنعه لان الكتابة عقد لازم يراد لإزالة الملك فمنعت الرجوع كالرهن .

الثالث : تصرف لازم لا يراد لازالة الملك كالاجارة والتزويج ، فهذا نقص فيتخير بين أن يرجع فى نصفه ناقصا لانه رضى بحقه ناقصا وبين الرجوع فى نصف قيمته . فإن رجع فى نصف المستأجر صبر حتى تنفسخ الاجارة

فإن قيل فقد قلتم فى الطلع الحادث فى النخل إذا قال أنا أصبر حتى تنتهى الثمرة لم يكن له ذلك . قلنا الفرق بينهما ان فى تلك المسألة تكون المنة له فلا يلزمها قبول منته بخلاف مسألتنا . ولأن ذلك يؤدى إلى التنازع فى سقى الثمرة ووقت جذاذها وقطعها لخوف العطش أو غيره بخلاف مسألتنا

فصل

فإن أصدقها شقصا فهل للشفيع أخذه ؟ على وجهين ، فإن قلنا له أخذه فأخذه ثم طلق الزوج رجع فى نصف قيمته لانه قد زال ملكها عنه ، وان طلقها قبل أخذه بالشفعة وطالب الشفيع ففيه وجهان

أحدهما : يقدم الشفيع لأن حقه أسبق فانه ثبت بالنكاح ، وحق الزوج ثبت بالطلاق ، ولان الزوج يرجع الى بدله وهو نصف القيمة وحق الشفيع اذا بطل بطل بغير بدل .

والثانى يقدم الزوج لان حقه آكد فانه ثبت بنص القرآن والاجماع ، وحق الشفعة مجتهد فيه غير مجمع عليه ، فعلى هذا يكون للشفيع أخذ النصف الباقى بنصف ما كان يأخذ به الجميع

« مسألة » قال ( واذا اختلفا فى الصداق بعد العقد فى قدره ولا بينة على مبلغه فالقول قولها ما ادعت مهر مثلها )

وجملة ذلك أن الزوجين اذا اختلفا فى قدر المهر ولا بينة على مبلغه فالقول قول من يدعى مهر المثل منهما ، فان ادعت المرأة مهر مثلها أو أقل فالقول قولها ، وان ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر فالقول قوله ، وبهذا قال أبو حنيفة . وعن الحسن والنخعى وحماد بن أبى سليمان وأبى عبيد نحوه ، وعن أحمد رواية أخرى أن القول قول الزوج بكل حال ، وهذا قول الشعبى وابن أبى ليلى وابن شبرمة

وأبي ثور ، وبه قال أبو يوسف إلا أن يدعى مستنكراً وهو أن يدعى مهرا لا يتزوج بمثله في العادة لأنه منكر للزيادة ومدعى عليه فيدخل تحت قوله عليه السلام ، ولكن اليمين على المدعى عليه ، وقال الشافعي يتحالفان فان حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ماقاله ، وان حلفا وجب مهر المثل . وبه قال الثوري لأنهما اختلفا في العوض المستحق في العقد ولا بينة فيتحالفا قياسا على المتبايعين إذا اختلفا في الثمن وقال مالك إن كان الاختلاف قبل الدخول تحالفا وفسخ النكاح ، وان كان بعده فالقول قول الزوج وبناه على أصله في البيع فإنه يفرق في التخالف بين ما قبل القبض وبعده ولأنها إذا أسلمت نفسها بغير إشهاد فقد رضيت بأمانته

ولنا أن الظاهر قول من يدعى مهر المثل فكان القول قوله قياساً على المنكر في سائر الدعاوى ، وعلى المودع اذا ادعى التلف أو الرد ، ولأنه عقد لا ينفسخ بالتحالف فلا يشرع فيه كالعفو عن دم العمد ، ولأن القول بالتحالف يفضي الى إيجاب أكثر مما يدعيه أو أقل مما يقر لها به ، فإنها اذا كان مهر مثلها مائة فادعت ثمانين وقال بل هو خمسون أوجب لها عشرين يتفقان على أنها غير واجبة ولو ادعت مائتين وقال بل هو مائة وخمسون ومهر مثلها مائة فأوجب مائة لأسقط خمسين يتفقان على وجوبها ، ولأن مهر المثل إن لم يوافق دعوى أحدهما لم يجز إيجابه لاتفاقهما على أنه غير ما أوجبه العقد ، وان وافق قول أحدهما فلا حاجة في إيجابه الى يمين من ينفيه لأنها لا تؤثر في إيجابه ، وفارق البيع فإنه ينفسخ بالتحالف ويرجع كل واحد منهما في ماله .

وما ادعاه مالك من أنها استأمنته لا يصح فإنها لم تجعله أمينها ، ولو كان أميناً لها لوجب أن تكون أمينة له حين لم يشهد عليها ، على أنه لا يلزم من الاختلاف عدم الاشهاد ، فقد تكون بينهما بينة فتموت أو تغيب أو تنسى الشهادة . اذا ثبت هذا فكل من قلنا القول قوله فهو مع يمينه لانه اختلاف فيما يجوز بذله فتشرع فيه اليمين كسائر الدعاوى في الاموال . وحكى عن القاضي أن اليمين لا تشرع في الأحوال كلها لأنها دعوى في النكاح

( فصل ) فإن ادعى أقل من مهر المثل وادعت هي أكثر منه رد الى مهر المثل ولم يذكر أصحابنا يمينا ، والاولى أن يتحالفا ، فإن ما يقوله كل واحد منهما محتمل

للصحة فلا يعدل عنه إلا بيمين من صاحبه كالمنكر فى سائر الدعاوى ولأنهما تساويا فى عدم الظهور فيشرع التحالف ، كما لو اختلف المتبايعان . وهذا قول أبى حنيفة والباقون على أصولهم

( فصـــل )

فإن قال تزوجتك على هـذا العبد ، فقالت بل على هذه الأمة ، وكانت قيمة العبد مهر المثل أو أكثر وقيمة الامة فوق ذلك حلف الزوج ووجبت لها قيمة العبد . لأن قوله يوافق الظاهر ، ولا تجب عين العبد لئلا يدخل فى ملكها ماتنكره . وان كانت قيمة الامة مهر المثل أو أقل وقيمة العبد أقل من ذلك فالقول قول الزوجة مع يمينها . وهل تجب الامة أو قيمتها ؟ فيه وجهان :

أحدهما تجب عين الامة لاننا قبلنا قولها فى القدر فكذلك فى العين ، وليس فى ذلك ادخال ما ينكره فى ملكها

والثانى : تجب لها قيمتها لأن قولها انما وافق الظاهر فى القدر لا فى العين فأوجبنا لها ما وافقت الظاهر فيه : وان كان كل واحد منهما قدر مهر المثل أو كان العبد أقل من مهر المثل والامة أكثر منه وجب مهر المثل اذا تحالفا ، وظاهر قول القاضى أن اليمين لا يشرع فى هذا كله

« مسألة » قال ( وان أنكر أن يكون لها عليه صداق فالقول أيضا قولها قبل الدخول وبعده ما ادعت مهر مثلها الا أن يأتى ببينة تبرئه منه )

وجملة ذلك أن الزوج اذا أنكر صداق امرأته وادعت ذلك عليه فالقول قولها فيما يوافق مهر مثلها سواء ادعى أنه وفى لها أو أبرأته منه أو قال لاتستحق على شيئا وسواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده ، وبه قال سعيد بن جبير والشعبي وابن شبرمة وابن أبى ليلى والثورى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى ، وحكى عن فقهاء المدينة السبعة أنهم قالوا : ان كان بعد الدخول فالقول قول الزوج والدخول بالمرأة يقطع الصداق ، وبه قال مالك

قال أصحابه : إنما قال ذلك إذا كانت العادة تعجيل الصداق ، كما كان بالمدينة ، أو كان الخلاف فيما تعجل منه فى العادة ، لأنها لا تسلم نفسها فى العادة إلا بقبضه فكان الظاهر معه

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اليمين على المدعى عليه » ولأنه ادعى تسليم الحق الذى عليه فلم يقبل بغير بينة كما لو ادعى تسليم الثمن أو كما قبل الدخول

( فصــــل )

فإن دفع اليها ألفاً ثم اختلفا فقال دفعتها اليك صداقا وقالت بل هبة ، فإن كان اختلافهما فى نيته ، كأن قالت قصدت الهبة وقال قصدت دفع الصداق فالقول قول الزوج بلا يمين ، لأنه أعلم بما نواه ولا تطلع المرأة على نيته : وان اختلفا فى لفظه فقالت : قد قلت خذى هذا هبة أو هدية فأنكر ذلك فالقول قوله مع يمينه لأنها تدعى عليه عقداً على ملكه وهو ينكره ، فأشبه ما لو ادعت عليه بيع ملكه لها ، لكن إن كان المدفوع من غير جنس الواجب عليه ، كأن أصدقها دراهم فدفع اليها عوضا ثم اختلفا وحلف انه دفع اليها ذلك من صداقها فللمرأة رد العوض ومطالبته بصداقها .

قال أحمد فى رواية الفضل بن زياد فى رجل تزوج امرأة على صداق ألف فبعث اليها بقيمته متاعا وثياباً ولم يخبرهم أنه من الصداق : فلما دخل سألته الصداق فقال لها : قد بعثت اليك بهذا المتاع واحتسبته من الصداق ، فقالت المرأة صداقى دراهم : ترد الثياب والمتاع وترجع عليه بصداقها ، فهذه الرواية اذا لم تخبرهم أنه صداق : فأما اذا ادعى أنها احتسبت به من الصداق وادعت هى أنه قال هو هبة فينبغى أن يحلف كل واحد منهما ويتراجعان بما لكل واحد منهما .

وحكى عن مالك أنه قال : ان كان مما جرت العادة بهديته كالثوب والخاتم فالقول قولها لأن الظاهر معها والا فالقول قوله

ولنا أنهما اختلفا فى صفة انتقال ملكه الى يدها فكان القول قول المالك ، كما لو قال أودعتك هذه العين ، قال بل وهبتها

( فصل ) اذا مات الزوجان واختلف ورثتهما قام ورثة كل انسان مقامه

إلا أن من يحلف منهم على الاثبات يحلف على البت ومن يحلف على النفى يحلف على نفى العلم لأنه يحلف على نفى فعل الغير ، وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة إن مات أحد الزوجين فكذلك وإن مات الزوجان فادعى ورثة المرأة التسمية فأنكرها ورثة الزوج جملة لم يحكم عليهم بشيء ، قال أصحابه إنما قال ذلك إذا تقادم العهد لأنه تعذر الرجوع إلى مهر المثل لأنه تعتبر فيه الصفات والأوقات ، وقال محمد بن الحسن يقضى بمهر المثل ، وقال زفر بعشرة دراهم لأنه أقل الصداق .

ولنا أن ما اختلف فيه المتعاقدان قام ورثتهما مقامهما كالمتبايعين ، وما ذكروه ليس بصحيح لأنه لا يسقط الحق لتقادم العقد ولا يتعذر الرجوع فى ذلك كقيم سائر المتلفات .

( فصل ) وإن اختلف الزوج وأبو الصغيرة والمجنونة قام الأب مقام الزوجة فى اليمين لانه يحلف على فعل نفسه ، ولان قوله مقبول فيما اعترف به من الصداق فسمعت يمينه فيه كالزوجة فإن لم يحلف حتى بلغت وعقلت فاليمين عليها دونه لان الحق لها وإنما يحلف هو لتعذر اليمين من جهتها فإذا أمكن فى حقها صارت اليمين عليها كالوصى إذا بلغ الاطفال قبل يمينه فيما يحلف فيه ، فأما البكر البالغة العاقلة فلا تسمع مخالفتها لان الكبيرة قولها مقبول فى الصداق والحق لها دونه ، وأما سائر الاولياء فليس لهم تزويج صغيرة الا على رواية فى بنت تسع وليس لهم أن يزوجوا بدون مهر المثل ولو زوجوها بدون مهر المثل ثبت مهر المثل من غير يمين فإن ادعى أنه زوجها بأكثر من مهر مثلها فاليمين على الزوج لان القول قوله فى قدر مهر المثل .

( فصل ) اذا أنكر الزوج تسمية الصداق وادعى أنه تزوجها بغير صداق فإن كان بعد الدخول نظرنا فإن ادعت المرأة مهر المثل أو دونه وجب ذلك من غير يمين لانها لو صدقته فى ذلك لوجب مهر المثل فلا فائدة فى الاختلاف ؛ وان ادعت أقل من مهر المثل فهى مقرة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج فيجب أن يقبل قولها بغير يمين ، وان ادعت أكثر من مهر المثل لزمته اليمين على نفى ذلك ويجب لها مهر المثل ، وان كان اختلافهما قبل الدخول انبنى على الروايتين فيما اذا اختلفا فى قدر الصداق ، فإن قلنا القول قول الزوج فلها المتعة ، وان قلنا القول

قول من يدعى مهر المثل قبل قولها ما ادعت مهر مثلها ، هذا اذا طلقها ، وان لم يطلقها فرض لها مهر المثل على الروايتين وكل من قلنا القول قوله فعليه اليمين ،

« مسألة » قال ﴿ واذا تزوجها بغير صداق لم يكن لها عليه اذا طلقها قبل الدخول الا المتعة ﴾

وجملته أن النكاح يصح من غير تسمية صداق فى قول عامة أهل العلم ، وقد دل على هذا قول الله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة )

وروى « أن ابن مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا ولم يدخل بها حتى مات فقال ابن مسعود : لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث ، فقام معقل بن سنان الاشجعى فقال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بَرْوع بنت واشق امرأة منا مثل ما قضيت ، أخرجه أبو داود والترمذى ، وقال حديث حسن صحيح . ولان القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير ذكره كالنفقة ، وسواء تركا ذكر المهر أو شرطا نفيه مثل أن يقول زوجتك بغير مهر فيقبله كذلك ؛ ولو قال زوجتك بغير مهر فى الحال ولا فى الثانى صح أيضا :

وقال بعض الشافعية لا يصح فى هذه الصورة لانها تكون كالموهوبة ، وليس بصحيح لانه قد صح فيما اذا قال زوجتك بغير مهر فيصح ههنا لان معناهما واحد وما صح فى احدى الصورتين المتساويتين صح فى الاخرى ، وليست كالموهوبة لان الشرط يفسد ويجب المهر ، اذا ثبت هذا فان المزوجة بغير مهر تسمى مفوضة بكسر الواو وفتحها، فن كسر أضاف الفعل اليها على أنها فاعلة مثل مقومة ومن فتح أضافه الى وليها ومعنى التفويض الاهمال كأنها أهملت أمر المهر حيث لم تسمه ومنه قول الشاعر :

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا

يعنى مهملين والتفويض على ضربين : تفويض بضع وتفويض مهر ، فأما تفويض البضع فهو الذى ذكره الخرقى وفسرناه وهو الذى ينصرف اليه اطلاق

التفويض ، وأما تفويض المهر فهو أن يجعل الصداق الى رأى أحدهما أو رأى أجنبي فيقول زوجتك على ماشئت أو على حكمك أو على حكمي أو حكمها أو حكم أجنبي ونحوه فهذه لها مهر المثل فى ظاهر كلام الخرقى لانها لم تزوج نفسها الا بصداق لكنه مجهول فسقط لجهالته ووجب مهر المثل ؛ والتفويض الصحيح أن تاذن المرأة الجائزة الامر لوليها فى تزويجها بغير مهر أو بتفويض قدره أو يزوجها أبوها كذلك ، فأما ان زوجها غير أبيها ولم يذكر مهراً بغير اذنها فى ذلك فانه يجب مهر المثل .

وقال الشافعي لا يكون التفويض الا فى الصورة الاولى وقد سبق الكلام معه فى أن للأب أن يزوج ابنته بدون صداق مثلها فكذلك يجوز تفويضه ، فإذا طلقت المفوضة البضع قبل الدخول فليس لها الا المتعة نص عليه أحمد فى رواية الجماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والزهرى والنخعي والثورى والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأى ، وعن أحمد رواية أخرى أن الواجب لها نصف مهر مثلها لانه نكاح صحيح يوجب مهر المثل بعد الدخول فيوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول كما لو سمى محرما .

وقال مالك والليث وابن أبي ليلى : المتعة مستحبه غير واجبة لان الله تعالى قال ( حقا على المحسنين ) فخصهم بها فيدل أنها على سبيل الاحسان والتفضل ، والاحسان ليس بواجب ، ولانها لو كانت واجبة لم تختص المحسنين دون غيرهم .

ولنا قوله تعالى ( ومتعوهن ) أمر والامر يقتضى الوجوب ، وقال تعالى ( وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين ) وقال تعالى ( اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن ) ولانه طلاق فى نكاح يقتضى عوضا فلم يعر عن العوض كما لو سمى مهراً ، وأداء الواجب من الاحسان فلا تعارض بينهما .

( فصل ) فان فرض لها بعد العقد ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف ما فرض لها ولا متعة ، وهذا قول ابن عمر وعطاء والشعبي والنخعي والشافعي وأبي عبيد ؛ وعن أحمد أن لها المتعة ويسقط المهر ، وهو قول أبي حنيفة لانه نكاح عرى عن تسميته فوجبت به المتعة كما لو لم يفرض لها .

ولنا قوله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) ولأنه مفروض يستقر بالدخول فتنصف بالطلاق قبله كالمسمى فى العقد .

(فصل) ومن أوجب لها نصف المهر لم تجب لها متعة سواء كانت ممن سمى لها صداق أو لم يسم لها لكن فرض بعد العقد وبهذا قال أبو حنيفة فيمن سمى لها وهو قديم قولى الشافعى ، وروى عن أحمد لكل مطلقة متاع ، وروى ذلك عن على بن أبى طالب والحسن وسعيد بن جبير وأبى قلابة والزهرى وقتادة والضحاك وأبى ثور لظاهر قوله تعالى (وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين) ولقوله تعالى لنبيه عليه السلام (قل لأزواجك — إلى قوله — فتعالين أمتعكن وأسرحكن) وعلى هذه الرواية : لكل مطلقة متاع سواء كانت مفوضة أو مسمى لها ، مدخولا بها أو غيرها لما ذكرنا ، وظاهر المذهب أن المتعة لا تجب إلا للمفوضة التى لم يدخل بها إذا طلقت ، قال أبو بكر : كل من روى عن أبى عبدالله فيما أعلم روى عنه أنه لا يحكم بالمتعة إلا لمن لم يسم لها مهر ، إلا حنبلا فإنه روى عن أحمد أن لكل مطلقة متاعا ، قال أبو بكر والعمل عليه عندى لولا تواتر الروايات عنه بخلافها .

ولنا قوله تعالى (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن) ثم قال (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) فخص الأولى بالمتعة والثانية بنصف المفروض مع تقسيمه النساء قسمين وإثباته لكل قسم حكما ، فيدل ذلك على اختصاص كل قسم بحكمه ، وهذا يخص ما ذكروه ، ويحتمل أن يحمل الأمر بالمتاع فى غير المفوضة على الاستحباب لدلالة الآيتين اللتين ذكرناهما على نفى وجوبها جمعاً بين دلالة الآيات والمعنى ، فإنه عوض واجب فى عقد فإذا سمى فيه عوض صحيح لم يجب غيره كسائر عقود المعاوضة ، ولأنها لا تجب لها المتعة قبل الفرقة ولا ما يقوم مقامها فلم تجب لها عند الفرقة كالمتوفى عنها زوجها .

(فصل) ولو طلق المسمى لها بعد الدخول أو المفوضة المفروض لها بعد الدخول فلا متعة لواحدة منهما إلا على رواية حنبل ، وقد ذكرنا ذلك وذكرنا

قول من ذهب إليه : وظاهر المذهب أنه لا متعه لواحدة منهما وهو قول أبي حنيفة وللشافعي قولان كالروايتين ، وقد ذكرنا ذلك ، اذا ثبت هذا فإنه يستحب أن يمتعهما ؛ نص عليه أحمد فقال : أنا أوجبها على من لم يسم لها صداقا فإن كان سمى صداقا فلا أوجبها عليه واستحب أن يمتع وان سمى لها صداقا وانما استحب ذلك لعموم النص الوارد فيها ودلالتها على ايجابها ، وقول علي رضي الله عنه ومن سمينا من الأئمة بها فلما امتنع الوجوب لدلالة الآيتين المذكورتين على نفي الوجوب ودلالة المعنى المذكور عليه تعين حمل الأدلة الداله عليها على الاستحباب أو على أنه أريد به الخصوص ، وأما المتوفى عنها فلا متعة لها بالإجماع لأن النص العام لم يتناولها وانما يتناول المطلقات ، ولأنها أخذت العوض المسمى لها في عقد المعاوضة فلم يجب لها به سواه كما في سائر العقود .

## فصل

والمتعة تجب على كل زوج لكل زوجة مفوضة طلقت قبل الدخول وسواء في ذلك الحر والعبد والمسلم والذمي والحرة والامة والمسلمة والذميه ، وحكي عن أبي حنيفة لا متعة للذمية ، وقال الاوزاعي ان كان الزوجان أو أحدهما رقيقا فلا متعة .

ولنا عموم النص ولانها قائمة مقام نصف المهر في حق من سمي لها فتجب لكل زوجة على كل زوج كنصف المسمى ، ولان ما يجب من العوض يستوى فيه المسلم والكافر والحر والعبد كالمهر

( فصل ) فأما المفوضة المهر وهي التي يتزوجها على ما شاء أحدهما ، أو التي زوجها غير أبيها بغير صداق بغير اذنها ، أو التي مهرها فاسد ، فانه يجب لها مهر المثل ويتنصف بالطلاق قبل الدخول ، ولا متعة لها ، هذا ظاهر كلام الخرقي ، وقد صرح به في التي مهرها فاسد ، وهو مذهب الشافعي ، وعن أحمد : أن لها المتعة دون نصف المهر كالمفوضة البضع : وهو مذهب أبي حنيفة ، لانه خلا عقدها من تسمية صحيحة فأشبهت التي لم يسم لها شيء .

ولنا أن هذه لها مهر واجب قبل الطلاق ، فوجب أن يتنصف كما لو سماه ؛ أو نقول : لم ترض بغير صداق فلم تجب المتعة كالمسمى لها ؛ وتفارق التي رضيت

بغير عوض ، فإنها رضيته بغـــير صداق ، وعاد بضعها سليما فعوضت المتعة بخلاف مسألتنا .

( فصل ) وكل فرقة يتنصف بها المسمى توجب المتعة إذا كانت مفوضة وما يسقط به المسمى من الفرق كاختلاف الدين والفسخ بالرضاع ونحوه إذا جاء من قبلها لا تجب به متعة لأنها أقيمت مقام نصف المسمى فسقطت في موضع يسقط كما تسقط الابدال بما يسقط مبدلها .

( فصل ) قال أبو داود : سمعت أحمد سئل عن رجل تزوج إمرأة ولم يكن فرض لها مهراً ، ثم وهب لها غلاما ، ثم طلقها قبل الدخول ، قال : لها المتعة ، وذلك لأن الهبة لا تنقضى بها المتعة كما لا ينقضى بها نصف المسمى ، ولأن المتعة إنما تجب بالطلاق فلا يصح قضاؤها قبله ، ولأنها واجبة فلا تنقضى بالهبة كالمسمى

« مسألة » قال ( على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فأعلاه خادم وأدناه كسوة يجوز لها أن تصلى فيها إلا أن يشاء هو أن يزيدها أو تشاء هى أن تنقصه )

وجملة ذلك : أن المتعة معتبرة بحال الزوج فى يساره وإعساره ، نص عليه أحمد وهو وجه لأصحاب الشافعى ، والوجه الآخر قالوا : هو معتبر بحال الزوجة لأن المهر معتبر بها ، كذلك المتعة القائمة مقامه ، ومنهم من قال : يجزىء فى المتعة ما يقع عليه الإسم كما يجزىء فى الصداق ذلك .

ولنا قول الله تعالى ( على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ) وهذا نص فى أنها معتبرة بحال الزوج وأنها تختلف : ولو أجزأ ما يقع عليه الإسم سقط الاختلاف ولو اعتبر بحال المرأة لما كان على الموسع قدره وعلى المقتر قدره .

إذا ثبت هذا فاختلفت الرواية عن أحمد فيها ، فروى عنه مثل قول الخرقى أعلاها خادم، هذا إذا كان موسراً ، وان كان فقيراً متعها كسوتها درعا وخماراً وثوبا تصلى فيه ونحو ذلك قال ابن عباس والزهرى والحسن

قال ابن عباس : أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك النفقة ثم دون ذلك الكسوة ونحو ما ذكرنا فى أدناها قال الثورى والاوزاعى وعطاء ومالك وأبو عبيد وأصحاب الرأى ، قالوا درع وخمار وملحفة

والرواية الثانية : يرجع فى تقديرها الى الحاكم ، وهو أحد قولى الشافعى ، لانه أمر لم يرد الشرع بتقديره ، وهو مما يحتاج الى الاجتهاد فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدات ، وذكر القاضى فى المجرد رواية ثالثة : أنها مقدرة بما يصادف نصف مهر المثل لأنها بدل عنه فيجب أن تتقدر به ، وهذه الرواية تضعف لوجهين .

أحدهما : أن نص الكتاب يقتضى تقديرها بحال الزوج . وتقديرها بنصف مهر المثل يوجب اعتبارها بحال المرأة لان مهرها معتبر بها لا بزوجها

الثانى : أنا لو قدرناها بنصف المهر لكانت نصف المهر إذ ليس المهر معينا فى شيء ولا المتعة ، ووجه قول الخرقى قول ابن عباس « أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك الكسوة » رواه أبو حفص بإسناده وقدرها بكسوة تجوز لها الصلاة فيها ، لان الكسوة الواجبة بمطلق الشرع تتقدر بذلك كالكسوة فى الكفارة والسترة فى الصلاة ، وروى كثيف السلمى « أن عبدالرحمن بن عوف طلق إمرأته تماضر الكلبية فحممها بجارية سوداء » يعنى متعها ، قال ابراهيم النخعى : العرب تسمى المتعة التحميم ، وهذا فيما إذا تشاحا فى قدرها فان سمح لها بزيادة على الخادم أو رضيت بأقل من الكسوة جاز ، لان الحق لهما لايخرج عنهما ، وهو مما يجوز بذله فجاز ما اتفقا عليه كالصداق ، وقد روى عن الحسن بن على « أنه متع إمرأة بعشرة آلاف درهم فقالت : متاع قليل من حبيب مفارق » .

« مسألة » قال ( ولو طالبته قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك ، فان فرض لها مهر مثلها لم يكن لها غيره وكذلك ان فرض لها أقل منه فرضيته )

وجملة ذلك : أن المفوضة لها المطالبة بفرض المهر لان النكاح لايخلو من المهر فوجبت لها المطالبة ببيان قدره ، وبهذا قال الشافعى ، ولانعلم فيه مخالفا ، فان اتفق الزوجان على فرضه جاز ما فرضاه ، قليلا كان أو كثيراً سواء كانا عالمين بمهر المثل أو غير عالمين به .

وقال الشافعى فى قول له : لا يصح الفرض لغير مهر المثل إلا مع علمها بمهر المثل لان ما فرضه بدل عن مهر المثل فيحتاج أن يكون المبدل معلوما .

ولنا أنه إذا فرض لها كثيراً فقد بذل لها من ماله فوق ما يلزمه ، وإن رضيت باليسير فقد رضيت بدون ما يجب لها فلا تمنع من ذلك . وقولهم انه بدل غير صحيح فإن البدل غير المبدل ، والمفروض إن كان ناقصاً فهو بعضه . وإن كان أكثر فهو الواجب وزيادة ولا يصح جعله بدلا ولو كان بدلا لما جاز مع العلم لأنه يبذل ما فيه الربا بجنسه متفاضلا .

وقد روى عقبة بن عامر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أترضى أنى أزوجك فلانة ؟ قال : نعم . وقال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلانا ؟ قالت نعم ، فزوج أحدهما صاحبه ودخل عليها ولم يفرض لها صداقا . فلما حضرته الوفاة قال : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجنى فلانة ولم يفرض لها صداقا ولم أعطها شيئاً ، وإنى قد أعطيتها عن صداقها سهمى بخيبر فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف » فأما ان تشاحا فيه ففرض لها مهر مثلها أو أكثر منه فليس لها المطالبة بسواه فإن لم ترض به لم يستقر لها حتى ترضاه ، فإن طلقها قبل الدخول فليس لها الا المتعة ، لأنه لا يثبت لها بفرضه مالم ترض به كحالة الابتداء .

وان فرض لها أقل من مهر المثل فلها المطالبة بتمامه ولا يثبت لها مالم ترض به وإن تشاحا وارتفعا إلى الحاكم فليس له أن يفرض لها إلا مهر المثل ، لأن الزيادة ميل عليه والنقصان ميل عليها والعدل المثل ، ولأنه إنما يفرض بدل البضع فيقدر به كالسلعة إذا تلفت فرجعا فى تقويمها الى أهل الخبرة ويعتبر معرفة مهر المثل ليتوصل الى امكان فرضه . ومتى صح الفرض صار كالمسمى فى العقد فى أنه يتنصف بالطلاق ولا تجب المتعة معه ، واذا فرضه الحاكم لزم ما فرضه سواء رضيته أو لم ترضه كما يلزم ما حكم به .

## ( فصل )

وان فرض لها أجنبى مهر مثلها فرضيته لم يصح فرضه وكان وجوده كعدمه لأنه ليس بزوج ولا حاكم ، فإن سلم اليها ما فرضه لها فرضيته احتمل أن لا يصح لما ذكرناه ويكون حكمها حكم من لم يفرض لها ويسترجع ما أعطاها لأن تصرفه ما صح ولا برئت به ذمة الزوج .

ويحتمل أن يصح لأنه يقوم مقام الزوج فى قضاء المسمى فيقوم مقامه فى قضاء

ما يوجبه العقد غير المسمى ، فعلى هذا اذا طلقت قبل الدخول رجع نصفه الى الزوج : لأنه ملكه اياه حين قضى به دينا عليه فيعود اليه كما لو دفعه هو ، ولأصحاب الشافعي مثل هذين الوجهين وذكروا وجها ثالثا : أنه يرجع نصفه الى الاجنبي ، وذكره القاضي وجها لنا ثالثا ، وقد ذكرنا ما يدل على صحة ما قلناه ، ولو أن رجلا قضى المسمى عن الزوج صح ، ثم ان طلقها الزوج قبل الدخول رجع نصفه اليه ، وان فسخت نكاح نفسها بفعل من جهتها رجع جميعه اليه ، وعلى الوجه الآخر : يرجع الى من قضاه ، والله أعلم .

( فصل ) ويجب المهر للمفوضة بالعقد ، وانما يسقط الى المتعة بالطلاق ، وهذا مذهب أبي حنيفة ، واختلف أصحاب الشافعي ، فنهم من قال : الصحيح أنه يجب بالعقد : وقال بعضهم لا يجب بالعقد قولا واحداً : ولا يجيء على أصل الشافعي غير هذا لانه لو وجب بالعقد لتنصف بالطلاق كالمسمى فى العقد .

ولنا أنها تملك المطالبة به ، فكان واجبا كالمسمى ، ولانه لو لم يجب بالعقد لما استقر بالموت كما فى العقد الفاسد ، ولأن النكاح لا يجوز أن يخلو عن المهر والقول بعدم وجوبه يفضى الى خلوه عنه والى أن النكاح انعقد صحيحاً وملك الزوج الوطء ولا مهر فيه وانما لم يتنصف لأن الله تعالى نقل غير المسمى لها بالطلاق الى المتعة كما نقل من سمى لها الى نصف المسمى لها ، والله أعلم .

فعلى هذا لو فوض الرجل مهر أمته ثم أعتقها أو باعها ثم فرض لها المهر كان لمعتقها أو بائعها : لأن المهر وجب بالعقد فى ملكه ، ولو فوضت المرأة نفسها ثم طالبت بفرض مهرها بعد تغير مهر مثلها أو دخل بها لوجب مهر مثلها حالة العقد لما ذكرناه ، ووافق أصحاب الشافعي على ذلك ، لان الوجوب يستند الى حالة العقد الا فى الامة التى أعتقها أو باعها فى أحد الوجهين .

( فصل ) ويجوز الدخول بالمرأة قبل اعطائها شيئا سواء كانت مفوضة أو مسمى لها : وبهذا قال سعيد بن المسيب والحسن والنخعي والثوري والشافعي وروى عن ابن عباس وابن عمر والزهري وقتادة ومالك : لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا ، قال الزهري . مضت السنة أن لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا ، قال ابن عباس : يخلع إحدى نعليه ويلقيها إليها .

وقد روى أبو داود باسناده عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم « أن عليا لما تزوج فاطمة أراد أن يدخل بها ، فمنعه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئا . فقال : يارسول الله ، ليس لى شىء . فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : أعطها درعك . فأعطاها درعه ، ثم دخل بها » ورواه ابن عباس أيضا قال « لما تزوج على فاطمة قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أعطها شيئا . قال ما عندى . قال : أين درعك الحطمية ؟ » رواه أبو داود والنسائى :

ولنا : حديث عقبة بن عامر فى الذى زوجه النبي صلى الله عليه وسلم ودخل عليها ولم يعطها شيئا ، وروت عائشة قالت « أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئا » رواه ابن ماجه ، ولانه عوض فى عقد معاوضة فلم يقف جواز تسليم المعوض على قبض شىء منه كالثمن فى البيع والاجرة فى الاجارة، وأما الاخبار فمحمولة على الاستحباب فانه يستحب أن يعطيها قبل الدخول شيئا موافقة للأخبار ولعادة الناس فيما بينهم ولتخرج المفوضة عن شبه الموهوبة ، وليكون ذلك أقطع للخصومة . ويمكن حمل قول ابن عباس ومن وافقه على الاستحباب فلا يكون بين القولين فرق والله أعلم .

« مسألة » قال ( ولو مات أحدهما قبل الاصابة وقبل الفرض ورثه صاحبه وكان لها مهر نسائها )

أما الميراث فلا خلاف فيه . فان الله تعالى فرض لكل واحد من الزوجين فرضا ، وعقد الزوجية ههنا صحيح ثابت فورث به لدخوله فى عموم النص . وأما الصداق فانه يكمل لها مهر نسائها فى الصحيح من المذهب، واليه ذهب ابن مسعود وابن شبرمة وابن أبى ليلى والثورى واسحاق .

وروى عن على وابن عباس وابن عمر والزهرى وربيعة ومالك والاوزاعى لا مهر لها لانها فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض ومسيس فلم يجب بها مهر كفرقة الطلاق ، وقال أبو حنيفة كقولنا فى المسلمة وكقولهم فى الذمية ، وعن أحمد رواية أخرى : لا يكمل ويتنصف ، وللشافعى قولان كالروايتين .

ولنا ما روى أن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه «قضى لامرأة لم يفرض لها

زوجها صداقا ولم يدخل بها حتى مات فقال : لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث ، فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع ابنة واشق مثل ماقضيت ، قال الترمذي : هذا حديث صحيح ، وهو نص في محل النزاع . ولأن الموت معنى يكمل به المسمى فكمل به مهر المثل للمفوضة كالدخول ، وقياس الموت على الطلاق غير صحيح ، فإن الموت يتم به النكاح فيكمل به الصداق ، والطلاق يقطعه ويزيله قبل إتمامه ولذلك وجبت العدة بالموت قبل الدخول ولم تجب بالطلاق وكمل المسمى بالموت ولم يكمل بالطلاق . وأما الذمية فإنها مفارقة بالموت فكمل لها الصداق كالمسلمة ، أو كما لو سمى لها ، ولأن المسلمة والذمية لا يختلفان في الصداق في موضع فيجب أن لا يختلفا ههنا .

( فصل ) قوله « مهر نسائها » يعني مهر مثلها من أقاربها . وقال مالك تعتبر بمن هي في مثل كمالها وماها وشرفها ولا يختص بأقاربها ، لان الأعواض إنما تختلف بذلك دون الأقارب .

ولنا قوله في حديث ابن مسعود « لها مهر نسائها » ونساؤها أقاربها ، وما ذكره فنحن نشترطه ونشترط معه أن تكون من نساء أقاربها لأنها أقرب اليهن . وقوله لا يختلف ذلك باختلاف الأقارب لا يصح . فان المرأة تطلب لحسبها كما جاء في الأثر . وحسبها يختص به أقاربها فيزداد المهر لذلك ويقل ، وقد يكون الحي وأهل القرية لهم عادة في الصداق ورسم مقرر لا يشاركهم فيه غيرهم ولا يغيرونه بتغير الصفات فيكون الاعتبار بذلك دون سائر الصفات . واختلفت الرواية عن احمد فيمن يعتبر من أقاربها ، فقال في رواية حنبل : لها مهر مثلها من نسائها من قبل أبيها ، فاعتبرها بنساء العصبات خاصة . وهذا مذهب الشافعي .

وقال في رواية إسحاق بن هانىء : لها مهر نسائها مثل أمها أو أختها أو عمتها أو بنت عمها . اختاره أبو بكر ، وهو مذهب أبي حنيفة وابن أبي ليلى لانهن من نسائها . والاول أولى فانه قد روى في قصة بروع «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق بمثل مهر نساء قومها» ولان شرف المرأة معتبر في مهرها وشرفها بنسبها ، وأمها وخالتها لا تساويانها في نسبها فلا تساويانها في شرفها ، وقد تكون أمها مولاة وهي شريفة ، وقد تكون أمها شريفة وهي غير شريفة ،

وينبغى أن يعتبر الاقرب فالاقرب ، فأقرب نساء عصباتها اليها أخواتها ثم عماتها ثم بنات عمها الاقرب فالاقرب ، ويعتبر أن تكون فى مثل حالها فى دينها وعقلها وجمالها ويسارها وبكارتها وثيوبتها وصراحة نسبها وكل مايختلف لاجله الصداق وأن تكون من أهل بلدها لان عادة البلاد تختلف فى المهر ، وانما اعتبرت هذه الصفات كلها لان مهر المثل إنما هو بدل متلف فاعتبرت الصفات المقصودة فيه فان لم يكن فى عصباتها من هو فى مثل حالها فمن نساء أرحامها كأمها وجداتها وخالاتها وبناتهن ، فان لم يكن فأهل بلدها ، فان لم يكن فنساء أقرب البلدان اليها فان لم يوجد إلا دونها زيد لها بقدر فضيلتها وان لم يوجد إلا خير منها نقصت بقدر نقصها .

( فصل ) ولا يجب مهر المثل إلا حالا لانه بدل متلف ، فأشبه قيم المتلفات ولا يكون الا من نقد البلد لما ذكرنا، ولا تلزم الدية لانها لا تختلف باختلاف صفات المتلف لأنها مقدرة بالشرع فكانت بحكم ما جعل من الحلول والتأجيل فلا يعتبر بها غيرها ولانها عدل بها عن سائر الأبدال فيمن وجبت عليه، وكذلك فى تأجيلها تخفيفا عنه بخلاف غيرها ، فان كانت عادة نسائها تأجيل المهر ففيه وجهان: أحدهما يفرض حالا لذلك ، والثانى يفرض مؤجلا لان مهر مثلها مؤجل وان كان عادتهم أنهم اذا زوجوا من عشيرتهم خففوا ، وان زوجوا غيرهم ثقلوا اعتبر ذلك ، هذا مذهب الشافعى

فان قيل : فاذا كان مهر المثل بدل متلف يجب أن لا يختلف باختلاف المتلف كسائر المتلفات ؟ قلنا النكاح يخالف سائر المتلفات ، فان سائر المتلفات المقصود بها المالية خاصة فلم تختلف باختلاف المتلفين والنكاح يقصد به أعيان الزوجين فاختلف باختلافهم ، ولان سائر المتلفات لا تختلف باختلاف العوائد والمهر يختلف بالعادات ، فان المرأة اذا كانت من قوم عادتهم تخفيف مهور نسائهم وجب مهر المرأة منهم خفيفا ؛ وان كانت أفضل وأشرف من نساء من عادتهم تثقيل المهر ، وعلى هذا متى كانت عادتهم التخفيف لمعنى مثل الشرف أو اليسار ونحو ذلك اعتبر جريا على عادتهم والله أعلم

( فصل ) إذا زوج السيد عبده أمته فقال القاضي : لا يجب مهر لانه لو وجب لوجب لسيدها ولا يجب للسيد على عبده مال ، وقال أبو الخطاب يجب المسمى أو مهر المثل ان لم يكن مسمى كيلا يخلو النكاح عن مهر ثم يسقط لتعذر اثباته .

وقال أبو عبد الله : إذا زوج عبده من أمته فأحب أن يكون بمهر وشهود قيل فإن طلقها؟ قال يكون الصداق عليه إذا أعتق، قيل فإن زوجها منه بغير مهر ؟ قال قد اختلفوا فيه فذهب جابر إلى أنه جائز .

( مسألة ، قال ; وإذا خلا بها بعد العقد فقال لم أطأها وصدقته لم يلتفت إلى قولها وكان حكمها حكم الدخول في جميع أمورها الا في الرجوع الى زوج طلقها ثلاثا أو في الزنا فانها يجلدان ولا يرجمان )

وجملة ذلك ان الرجل إذا خلا بامرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها ووجبت عليها العدة وان لم يطأ، روى ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر وبه قال علي بن الحسين وعروة وعطاء والزهري والاوزاعي وإسحاق وأصحاب الرأي وهو قديم قولي الشـــافعي ، وقال شريح والشعبي وطاوس وابن سيرين والشافعي في الجديد لا يستقر إلا بالوطء . وحكي ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وروي نحو ذلك عن أحمد ، روى عنه يعقوب بن بختان أنه قال : إذا صدقته المرأة انه لم يطأها لم يكمل لها الصداق وعليها العدة ، وذلك لقول الله تعالى ( وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وهذه قد طلقها قبل أن يمسها . وقال تعالى (وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض) والإفضاء الجماع ، ولانها مطلقة لم تمس أشبهت من لم يخل بها

ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنه ، روى الامام أحمد والاثرم باسنادهما عن زرارة بن أوفى قال ، قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابا أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العدة ، ورواه أيضا عن الاحنف عن عمر وعلي . وعن سعيد بن المسيب وعن زيد بن ثابت : عليها العدة ولها الصداق كاملا ، وهذه قضايا تشتهر ولم يخالفهم أحد في عصرهم فكان اجماعا ، وماروره عن ابن عباس لا يصح . قال أحمد يرويه ليث وليس بالقوي ، وقد رواه حنظلة خلاف ماروا

ليث ، وحنظلة أقوى من ليث ، وحديث بن مسعود منقطع قاله ابن المنذر ، ولأن التسليم المستحق وجد من جهتها فيستقر به البدل ، كما لو وطئها أو كما لو أجرت دارها أو باعتها وسلمتها

وأما قوله تعالى ( من قبل أن تمسوهن ) فيحتمل أنه كنى بالمسبب عن السبب الذي هو الخلوة بدليل ماذكرناه . وأما قوله ( وقد أفضى بعضكم الى بعض ) فقد حكى عن الفراء أنه قال : الافضاء الخلوة دخل بها أو لم يدخل . وهذا صحيح فإن الافضاء مأخوذ من الفضاء وهو الخالى ، فكأنه قال وقد خلا بعضكم الى بعض ، وقول الخرقى ، حكمهما حكم الدخول فى جميع أمورهما ، يعنى فى حكم ما لو وطئها من تكميل المهر ووجوب العدة ، وتحريم أختها وأربع سواها اذا طلقها حتى تنقضى عدتها وثبوت الرجعة له عليها فى عدتها ؛ وقال الثورى وأبو حنيفة : لا رجعة له عليها اذا أقر أنه لم يصبها .

ولنا قوله تعالى ( وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك ) ولأنها معتدة من نكاح صحيح لم ينفسخ نكاحها ولا كمل عدد طلاقها ولا طلقها بعوض فكان له عليها الرجعة كما لو أصابها ، ولها عليه نفقة العدة والسكنى ، لأن ذلك لمن لزوجها عليها الرجعة ولا تثبت بها الاباحة للزوج المطلق ثلاثا لقول النبى صلى الله عليه وسلم لامرأة رفاعة القرشى ، أتريدين أن ترجعى الى رفاعة ؟ لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك ، ولا الاحصان لأنه يعتبر لايجاب الحد ، والحدود تدرأ بالشبهات ولا الغسل ، لأن موجبات الغسل خمسة وليس هذا منها . ولا يخرج به من العنة لان العنة العجز عن الوطء فلا يزول الا بحقيقة الوطء ، ولا تحصل به الفيئة لانها الرجوع عما حلف عليه ، وإنما حلف على ترك الوطء ، ولأن حق المرأة لا يحصل الا بنفس الوطء ولا تفسد به العبادات ولا تجب به الكفارة .

وأما تحريم الربيبة فمن احمد انه يحصل بالخلوة ، وقال القاضى وابن عقيل لا تحرم ، وحمل القاضى كلام أحمد على أنه حصل مع الخلوة نظر أو مباشرة فيخرج كلامه على احدى الروايتين فى أن ذلك يحرم ، والصحيح أنه لايحرم لقول الله تعالى (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) والدخول كناية عن الوطء ، والنص صريح فى إباحتها بدونه فلا يجوز خلافه

« مسألة » قال ﴿ وسواء خلا بها وهما محرمان أو صائمان أو حائض أو سالمان من هذه الأشياء ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا خلا بها وبهما أو بأحدهما مانع من الوطء كالإحرام والصيام والحيض والنفاس، أو مانع حقيقي . كالجب والعنة أو الرتق في المرأة فعنه أن الصداق يستقر بكل حال . وبه قال عطاء وابن أبي ليلى والثوري لعموم ما ذكرناه من الإجماع . وقال عمر في العنين يؤجل سنة ، فإن هو غشيها وإلا أخذت الصداق كاملا وفرق بينهما وعليها العدة ، ولأن التسليم المستحق عليها قد وجد . وإنما الحيض والإحرام والرتق من غير جهتها فلا يؤثر في المهر كما لا يؤثر في إسقاط النفقة ، وروى أنه لا يكمل به الصداق ، وهو قول شريح وأبي ثور لأنه لا يتمكن من تسلمها فلم تستحق عليه مهراً بمنعها كما لو منعت تسليم نفسها إليه : يحققه أن المنع من التسليم لا فرق بين كونه من أجنبي أو من العاقد كالاجارة وعن أحمد رواية ثالثة إن كانا صائمين صوم رمضان لم يكمل الصداق فإن كان غيره كمل . قال أبو داود : وسمعت أحمد سئل عن رجل دخل على أهله وهما صائمان في غير رمضان فأغلق الباب وأرخى الستر ؟ قال : وجب الصداق . قيل لأحمد : فشهر رمضان ؟ قال : شهر رمضان خلاف لهذا ، قيل له فكان مسافراً في رمضان قال هذا مفطر يعني وجب الصداق . وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكداً كالاحرام وصوم رمضان لم يكمل الصداق .

وقال القاضي : إن كان المانع لا يمنع دواعي الوطء كالجب والعنة والرتق والمرض والحيض والنفاس وجب الصداق وإن كان يمنع دواعيه كالاحرام وصيام الفرض فعلى روايتين ، وقال أبو حنيفة : إن كان المانع من جهتها لم يستقر الصداق وان كان من جهته صيام فرض أو احرام لم يستقر الصداق ، وان كان جبا أو عنة كمل الصداق لأن المانع من جهته وذلك لا يمنع وجود التسليم المستحق منها فيكمل حقها كما يلزم الصغير نفقة امرأته اذا سلمت نفسها اليه .

( فصل ) وان خلا بها وهي صغيرة لا يمكن وطؤها أو كانت كبيرة فمنعته نفسها أو كان أعمى فلم يعلم بدخولها عليه لم يكمل صداقها ، نص عليه أحمد في

المكفوف يتزوج المرأة فأدخلت عليه فأرخى الستر وأغلق الباب ، فإن كان لا يعلم بدخولها عليه فلها نصف الصداق ، وأومأ الى أنها اذا نشزت عليه أو منعته نفسها لا يكمل صداقها ؛ وذكره ابن حامد ، وذلك لأنه لم يوجد التمكين من جهتها فأشبه ما لو لم يخل بها وكذلك ان خلا بها وهو طفل لا يتمكن من الوطء لم يكمل الصداق لأنه فى معنى الصغيرة فى عدم التمكن من الوطء .

## فصل

والخلوة فى النكاح الفاسد لا يجب بها شيء من المهر لأن الصداق لم يجب بالعقد وانما يوجبه الوطء ولم يوجد ولذلك لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فأشبه ذلك الخلوة بالأجنبية ، وقد روى عن أحمد ما يدل على أن الخلوة فيه كالخلوة فى الصحيح لأن الابتداء بالخلوة فيه كالابتداء بذلك فى النكاح الصحيح فيتقرر به المهر كالصحيح ، والاول أولى

( فصل ) فإن استمتع بامرأته بمباشرة فيما دون الفرج من غير خلوة كالقبلة ونحوها فالمنصوص عن أحمد أنه يكمل به الصداق فإنه قال : اذا أخذها فمسها وقبض عليها من غير أن يخلو بها لها الصداق كاملا اذا نال منها شيئا لا يحل لغيره ، وقال فى رواية مهنا : اذا تزوج امرأة ونظر اليها وهي عريانة تغتسل أوجب عليه المهر ، ورواه عن ابراهيم : اذا اطلع منها على ما يحرم على غيره فعليه المهر لانه نوع استمتاع فهو كالقبلة . قال القاضي يحتمل أن هذا ينبنى على ثبوت تحريم المصاهرة بذلك وفيه روايتان فيكون فى تكميل الصداق به وجهان .

أحدهما : يكمل به الصداق لما روى الدارقطني عن محمد بن عبد الرحمن ابن ثوبان قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كشف خمار امرأة ونظر اليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل ، ولانه مسيس فيدخل فى قوله ( من قبل أن تمسوهن ) ولانه استمتاع بامرأته فكمل به الصداق كالوطء .

والوجه الآخر : لا يكمل به الصداق وهو قول أكثر الفقهاء لان قوله تعالى ( تمسوهن ) انما أريد به فى الظاهر الجماع ومقتضى قوله ( وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ) أن لا يكمل الصداق لغير من وطئها ، ولا تجب عليها العدة ترك

عمومه فيمن خلا بها للإجماع الوارد عن الصحابة فيبقى فيما عداه على مقتضى العموم .

( فصل ) اذا دفع زوجته فأذهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فليس عليه الا نصف صداقها ، وقال أبو يوسف ومحمد . عليه الصداق كاملا لانه أذهب عذرتها فى نكاح صحيح فكان عليه المهر كاملا كما لو وطئها .

ولنا قول الله تعالى ( وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ) وهذه مطلقة قبل المسيس فأشبه ما لو لم يدفعها ، ولانه أتلف ما يستحق اتلافه بالعقد فلم يضمنه لغيره كما لو أتلف عذرة أمته ، ويتخرج أن يجب لها الصداق كاملا ، لان أحمد قال : ان فعل ذلك أجنبي عليه الصداق ففيما اذا فعله الزوج أولى فإن ما يجب به الصداق ابتداء أحق بتقرير المهر ونص أحمد فيمن أخذ امرأته وقبض عليها وفيمن نظر اليها وهي عريانة عليه الصداق كاملا فهذا أولى .

## ( فصـــل )

وان دفع امرأة أجنبية فأذهب عذرتها أو فعل ذلك بأصبعه أو غيرها فقال أحمد . لها صداق نسائها ، وقال ان تزوج امرأة عذراء فدفعها هو وأخوه فأذهبا عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فعلى الزوج نصف الصداق وعلى الاخ نصف العقد ، وروى نحو ذلك عن علي وابنه الحسن وعبدالله بن معقل وعبدالملك بن مروان وقال الشافعي ليس عليه الا أرش بكارتها لانه اتلاف جزء لم يرد الشرع بتقدير عوضه فرجع فى ديته الى الحكومة كسائر ما لم يقدر ؛ ولانه اذا لم يكمل به الصداق فى حق الزوج ففى حق الاجنبي أولى .

ولنا ما روى سعيد قال حدثنا هشيم حدثنا مغيرة عن ابراهيم « أن رجلا كانت عنده يتيمة فخافت امرأته أن يتزوجها فاستعانت بنسوة فضبطنها لها فأفسدت عذرتها وقالت لزوجها ، انها فجرت ، فأخبر عليا رضي الله عنه بذلك ، فأرسل على الى امرأته والنسوة فلما أتينه لم يلبثن أن اعترفن بما صنعن ، فقال للحسن ابن علي اقض فيها يا حسن ، فقال الحد على من قذفها والعقر عليها وعلى الممسكات ، فقال علي : لو كلفت الابل طحنا لطحنت وما يطحن يومئذ بعير » وقال حدثنا هشيم

قال حدثنا إسماعيل بن سالم حدثنا الشعبي ، أن جوارى أربعاً قالت إحداهن هي رجل وقالت الاخرى هي امرأة وقالت الثالثة هي أبو التي زعمت أنها رجل وقالت الرابعة هي أبو التي زعمت أنها امرأة فخطبت التي زعمت أنها أبو الرجل الى التي زعمت أنها أبو المرأة فزوجوها إياها ، فعمدت اليها فأفسدتها بأصبعها ، فرفع ذلك إلى عبد الملك بن مروان فجعل الصداق بينهن أرباعا ، وألغى حصة التي أمكنت من نفسها ، فبلغ عبد الله بن معقل فقال لو وليت أنا لجعلت الصداق على التي أفسدت الجارية وحدها ، وهذه قصص تنتشر فلم تنكر فكانت إجماعا ، ولأن إتلاف العذرة مستحق بعقد النكاح فإذا أتلفه أجنبي وجب المهر كمنفعة البضع .

« مسألة » قال : ( والزوج هو الذي بيده عقدة النكاح فإذا طلق قبل الدخول فأيهما عفا لصاحبه عما وجب له من المهر وهو جائز الأمر في ماله برىء منه صاحبه )

اختلف أهل العلم في الذي بيده عقدة النكاح ، فظاهر مذهب أحمد رحمه الله أنه الزوج روى ذلك عن علي وابن عباس وجبير بن مطعم رضي الله عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وشريح وسعيد بن جبير ونافع بن جبير ونافع مولى ابن عمر ومجاهد وإياس بن معاوية وجابر بن زيد وابن سيرين والشعبي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد ، وعن أحمد أنه الولي إذا كان أبا الصغيرة وهو الشافعي القديم إذا كان أبا أو جداً ، وحكى عن ابن عباس وعلقمة والحسن وطاوس والزهري وربيعة ومالك : أنه الولي لأن الولي بعد الطلاق هو الذي بيده عقدة النكاح لكونها قد خرجت عن يد الزوج ، ولأن الله تعالى ذكر عفو النساء عن نصيبهن فينبغي أن يكون عفو الذي بيده عقدة النكاح عنه ليكون المعفو عنه في الموضعين واحداً ، ولأن الله تعالى بدأ بخطاب الازواج على المواجهة بقوله ( وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن — ثم قال — أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ) وهذا خطاب غير حاضر .

ولنا ما روى الدارقطني بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ولي العقدة الزوج » ولأن الذي بيده عقدة النكاح بعد العقد هو الزوج فإنه يتمكن من قطعه وفسخه وإمساكه وليس إلى الولي منه

شيء ولأن الله تعالى قال : ( وأن تعفو أقرب للتقوى ) والعفو الذى هو أقرب إلى التقوى هو عفو الزوج عن حقه ، أما عفو الولى عن مال المرأة فليس هو أقرب إلى التقوى ، ولأن المهر مال للزوجة فلا يملك الولى هبته وإسقاطه كغيره من أموالها وحقوقها وكسائر الأولياء ولا يمتنع العدول عن خطاب الحاضر إلى خطاب الغائب كقوله تعالى ( حتى إذا كنتم فى الفلك وجرين بهم بريح طيبة ) وقال تعالى ( قل أطيعوا الله وأطيعوا الرسول فإن تولوا فإنما عليه ما حمل وعليكم ما حملتم ) فعلى هذا متى طلق الزوج قبل الدخول تنصف المهر بينهما ، فإن عفا الزوج لها عن النصف الذى له كمل لها الصداق جميعه ، وإن عفت المرأة عن النصف الذى لها منه وتركت له جميع الصداق جاز ؛ إذا كان العافى منهما رشيداً جائزاً تصرفه فى ماله ، وإن كان صغيراً أو سفيهاً لم يصح عفوه لأنه ليس له التصرف فى ماله بهبة ولا اسقاط ، ولا يصح عفو الولى عن صداق الزوجة أبا كان أو غيره صغيرة كانت أو كبيرة ، نص عليه أحمد فى رواية الجماعة وروى عنه ابن منصور : اذا طلق امرأته وهى بكر قبل أن يدخل بها فعفا أبوها أو زوجها ما أرى عفو الأب الا جائزا ، قال أبو حفص ما أرى ما نقله ابن منصور الا قولا لأبى عبد الله قديما ، وظاهر قول أبى حفص : أن المسألة رواية واحدة ، وأن أبا عبد الله رجع عن قوله بجواز عفو الأب . وهو الصحيح لان مذهبه أنه لا يجوز للأب اسقاط ديون ولده الصغير ولا اعتاق عبيده ولا تصرفه له الا بما فيه مصلحته ولا حظ لها فى هذا الإسقاط فلا يصح ، وان قلنا برواية ابن منصور لم يصح الا بخمس شرائط : أن يكون أبا لأنه الذى يلى مالها ولا يتهم عليها .

الثانى : أن تكون صغيرة ليكون وليا على مالها فإن الكبيرة تلى مال نفسها .

الثالث : أن تكون بكرا لتكون غير مبتذلة ، ولأنه لا يملك تزويج الثيب وان كانت صغيرة فلا تكون ولايته عليها تامة .

الرابع : أن تكون مطلقة لانها قبل الطلاق معرضة لإتلاف البضع .

الخامس : أن تكون قبل الدخول لان ما بعده قد أتلف البضع ، فلا يعفو عن بدل متلف ومذهب الشافعى على نحو من هذا الا أنه يجعل الجد كالاب .

( فصل ) ولو بانت إمرأة الصغير أو السفيه أو المجنون على وجه يسقط صداقها عنهم مثل أن تفعل إمرأته ما ينفسخ به نكاحها من رضاع من ينفسخ نكاحها برضاعه أو ردة أو بصفة لطلاق من السفيه أو رضاع من أجنبية لمن ينفسخ نكاحها برضاعه أو نحو ذلك لم يكن لوليهم العفو عن شيء من الصداق رواية واحدة ، وكذلك لا يجوز عند الشافعي قولا واحداً ، والفرق بينهم وبين الصغير أن وليها أكسبها المهر بتزويجها وههنا لم يكسبه شيئا إنما رجع المهر اليه بالفرقة .

( فصل ) وإذا عفت المرأة عن صداقها الذي لها على زوجها أو عن بعضه أو وهبته له بعد قبضه وهي جائزة الأمر في مالها جاز ذلك وصح ، ولا نعلم فيه خلافا لقول الله تعالى ( الا أن يعفون ) يعني الزوجات وقال تعالى ( فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئا مريئا ) .

قال أحمد في رواية المروذي : ليس شيء قال الله تعالى ( فكلوه هنيئا مريئا ) غير المهر تهبه المرأة للزوج ، وقال علقمة لامرأته هبي لي من الهنيء المريء يعني من صداقها ، وهل لها الرجوع فيما وهبت زوجها ؟ فيه عن أحمد روايتان واختلاف بين أهل العلم ذكرناه فيما مضى .

فصل

اذا طلقت قبل الدخول وتنصف المهر بينهما لم يخل من أن يكون دينا أو عينا فإن كان دينا لم يخل اما أن يكون دينا في ذمة الزوج لم يسلمه اليها أو في ذمتها بأن تكون قد قبضته وتصرفت فيه أو تلف في يدها وأيهما كان فإن للذي له الدين أن يعفو عن حقه منه بأن يقول عفوت عن حقي من الصداق أو أسقطته أو أبرأتك منه أو ملكتك اياه أو وهبتك أو أحللتك منه أو أنت منه في حل أو تركته لك وأي ذلك قال سقط به المهر وبريء منه الآخر .

وان لم يقبله لأنه اسقاط حق فلم يفتقر الى قبول كاسقاط القصاص والشفعة والعتق والطلاق ولذلك صح ابراء الميت مع عدم القبول منه ولو رد ذلك لم يرتد وبريء منه لما ذكرناه ؛ وان أحب العفو من الصداق في ذمته لم يصح العفو لأنه ان كان في ذمة الزوج فقد سقط عنه بالطلاق ، وان كان في ذمة الزوجة فلا يثبت في ذمتها الا النصف الذي يستحقه الزوج .

وأما النصف الذي لها فهو حقها تصرفت فيه فلم يثبت في ذمتها منه شيء ولأن الجميع كان ملكا لها تصرفت فيه، وإنما يتجدد ملك الزوج للنصف بطلاقه فلا يثبت في ذمتها غير ذلك . وأيهما أراد تكميل الصداق لصاحبه فإنه يجدد له هبة مبتدأة وأما إن كان الصداق عينا في يد أحدهما فعفا الذي هو في يده للآخر فهو هبة له تصح بلفظ العفو والهبة والتمليك ولا تصح بلفظ الابراء والاسقاط ، ويفتقر الى القبض فيما يشترط القبض فيه ، وان عفا غير الذي هو في يده صح بهذه الألفاظ وافتقر الى مضى زمن يتأتى القبض فيه ان كان الموهوب مما يفتقر الى القبض .

( فصل )

إذا أصدق إمرأته عينا فوهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها فعن أحمد فيه روايتان . إحداهما : يرجع عليها بنصف قيمتها وهو اختيار أبي بكر وأحد قولي الشافعي لأنها عادت الى الزوج بعقد مستأنف فلا تمنع استحقاقها بالطلاق كما لو عادت اليه بالبيع أو وهبتها لأجنبي ثم وهبتها له .

والرواية الثانية : لا يرجع عليها ، وهو قول مالك والمزني وأحد قولي الشافعي وهو قول أبي حنيفة الا أن تزيد العين أو تنقص ثم تهبها له لأن الصداق عاد اليه ولو لم تهبه لم يرجع بشيء وعقد الهبة لا يقتضي ضمانا ولأن نصف الصداق تعجل له بالهبة ، فإن كان الصداق دينا فأبرأته منه ؛ فإن قلنا لا يرجع ثم فههنا أولى ؛ وان قلنا يرجع ثم خرج ههنا وجهان :

أحدهما : لا يرجع لأن الإبراء اسقاط حق وليس بتمليك كتمليك الأعيان ولهذا لا يفتقر الى قبول ، ولو شهد شاهدان على رجل بدين فأبرأه مستحقه ثم رجع الشاهدان لم يغرما شيئا ولو كان قبضه منه ثم وهبه له ثم رجع الشاهدان غرما والثاني : يرجع لأنه عاد اليه بغير الطلاق فهو كالعين والإبراء بمنزلة الهبه ولهذا يصح بلفظها ، وان قبضت الدين منه ثم وهبته له ثم طلقها فهو كهبة العين لأنه تعين بقبضه .

وقال أبو حنيفة يرجع ههنا لأن الصداق قد استوفته كله ثم تصرفت فيه فوجب الرجوع عليها كما لو وهبته اجنبيا . ويحتمل أن لا يرجع لأنه عاد اليه ما أصدقها فأشبه مالو كان عينا فقبضتها ثم وهبتها أو وهبته العين أو أبرأته من الدين ثم فسخت

النكاح بفعل من جهتها كإسلامها أو ردتها أو إرضاعها لمن ينفسخ نكاحها برضاعه فإن الرجوع بجميع الصداق عليها روايتان كما فى الرجوع بالنصف سواء .

( فصل ) وان أصدقها عبداً فوهبته نصفه ثم طلقها قبل الدخول انبنى ذلك على الروايتين ، فإن قلنا اذا وهبته الكل لم يرجع بشىء رجع ههنا فى ربعه ، وعلى الرواية الأخرى يرجع فى النصف الباقى كله لأنه وجده بعينه ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد والمزنى .

وقال أبو حنيفة : لا يرجع بشىء لأن النصف حصل فى يده فقد استعجل حقه وقال الشافعى فى أحد أقواله كقولنا . والثانى : له نصف النصف الباقى ونصف قيمة الموهوب ، والثالث : يتخير بين هذا وبين الرجوع بقيمة النصف .

ولنا أنه وجد نصف ما أصدقها بعينه فأشبه ما لو لم تهبه شيئاً

( فصـــل )

فإن خالع امرأته بنصف صداقها قبل دخوله بها صح وصار الصداق كله له ، نصفه بالطلاق ونصفه بالخلع ، ويحتمل أن يصير له ثلاثة أرباعه لأنه اذا خالعها بنصفه مع علمه أن النصف يسقط عنه صار مخالعا بنصف النصف الذى يبقى لها فيصير له النصف بالطلاق والربع بالخلع ، وان خالعها بمثل نصف الصداق فى ذمتها صح وسقط جميع الصداق نصفه بالطلاق ونصفه بالمقاصة بما فى ذمتها له من عوض الخلع ، ولو قالت له اخلعنى بما تسلم لى من صداقى ففعل صح وبرىء من جميع الصداق وكذلك ان قالت اخلعنى على أن لا تبعة عليك فى المهر صح وسقط جميعه عنه ، وان خالعته بمثل جميع الصداق فى ذمتها صح ويرجع عليها بنصفه لأنه يسقط نصفه بالمقاصة بالنصف الذى لها عليه ويسقط عنه النصف بالطلاق يبقى له عليها النصف . وان خالعته بصداقها كله فكذلك فى أحد الوجهين : وفى الآخر لا يرجع عليها بشىء لأنه لما خالعها به مع علمه بسقوط نصفه بالطلاق كان مخالعاً لها بنصفه ويسقط عنه بالطلاق نصفه ولا يبقى لها شىء .

( فصل ) واذا أبرأت المفوضة من المهر صح قبل الدخول وبعده وسواء فى ذلك مفوضة البضع ومفوضة المهر ، وكذلك من سمى لها مهر فاسد كالخمر والمجهول

لأن المهر واجب فى هذه المواضع وانما جهل قدره ، والبراءة من المجهول صحيحة لأنها اسقاط فصحت فى المجهول كالطلاق .

وقال الشافعى : لا تصح البراءة فى شيء من هذا لأن المفوضة لم يجب لها مهر فلا يصح الإبراء عما لم يجب ، وغيرها مهرها مجهول والبراءة من المجهول لا تصح الا أن تقول أبرأتك من درهم الى ألف فيبرأ من مهرها اذا كان دون الالف وقد دللنا على وجوبه فيما مضى فيصح الابراء منه كما لو قالت ابرأتك من درهم الى ألف ، واذا أبرأت المفوضة ثم طلقت قبل الدخول .

فإن قلنا لا يرجع الى المسمى لها لم يرجع ههنا ، وان قلنا يرجع ثم احتمل أن لا يرجع ههنا لان المهر كله سقط بالطلاق ووجبت المتعة بالطلاق ابتداء ، ويحتمل أن يرجع لأنه عاد اليه مهرها بسبب غير الطلاق وبكم يرجع ؟ يحتمل أن يرجع بنصف مهر المثل لأنه الذى وجب بالعقد فهو كنصف المفروض ، ويحتمل أن يرجع بنصف المتعة لانها التى تجب بالطلاق فأشبهت المسمى .

( فصل ) وان أبرأته المفوضة من نصف صداقها ثم طلقها قبل الدخول فلا متعة لها لان المتعة قائمة مقام نصف الصداق وقد أبرأت منه فصار كما لو قبضته ويحتمل أن يجب لها نصف المتعة اذا قلنا ان الزوج لا يرجع عليها بشيء اذا أبرأت من جميع صداقها .

( فصل )

ولو باع رجلا عبداً بمائة فأبرأه البائع من الثمن او قبضه ثم وهبه اياه ثم وجد المشترى بالعبد عيبا فهل له رد المبيع والمطالبة بالثمن أو اخذ أرش العيب مع امساكه على وجهين بناء على الروايتين فى الصداق اذا وهبته المرأة لزوجها ثم طلقها قبل الدخول ، وان كانت بحالها فوهب المشترى العبد للبائع ثم أفلس المشترى والثمن فى ذمته فللبائع أن يضرب بالثمن مع الغرماء وجها واحداً لان الثمن ما عاد الى البائع منه شيء ولذلك كان يجب أداؤه اليه قبل الفلس بخلاف التى قبلها، ولو كان عبداً ثم أسقط عنه مال الكتابة برىء وعتق ولم يرجع على سيده بالقدر الذى كان يجب على السيد أن يؤتيه اياه ، وكذلك لو اسقط عنه القدر الذى يلزمه ايتاؤه اياه واستوفى الباقى لم يلزمه ان يؤتيه شيئا لان اسقاطه عنه يقوم مقام الايتاء وخرجه

بعض أصحابنا على وجهين بناء على الروايتين فى الصداق، ولا يصح لان المرأة أسقطت الصداق الواجب لها قبل وجود سبب استحقاق الزوج عليها نصفه، وههنا أسقط السيد عن المكاتب ما وجد سبب ايتائه اياه فكان اسقاطه مقام ايتائه، ولهذا لو قبضه السيد منه ثم آتاه اياه لم يرجع بشيء، ولو قبضت المرأة صداقها ووهبته لزوجها ثم طلقها قبل الدخول لرجع عليها فافترقا.

(فصل) ولا يبرأ الزوج من الصداق الا بتسليمه الى من يتسلم مالها فإن كانت رشيدة لم يبرأ الا بالتسليم اليها أو الى وكيلها ولا يبرأ بالتسليم الى ابيها ولا الى غيره. بكراً كانت او ثيباً.

قال أحمد: اذا اخذ مهر ابنته وانكرت فذاك لها ترجع على زوجها بالمهر ويرجع الزوج على ابيها، فقيل له أليس قال النبي صلى الله عليه وسلم «انت ومالك لأبيك»؟ قال نعم، ولكن هذا لم يأخذ منها انما اخذ من زوجها، وهذا مذهب الشافعي، وقال ابو حنيفة: له قبض صداق البكر دون الثيب لأن ذلك العادة ولان البكر تستحي فقام ابوها مقامها كما قام مقامها فى تزويجها.

ولنا انها رشيدة فلم يكن لغيرها قبض صداقها كالثيب او عوض ملكته وهي رشيدة فلم يكن لغيرها قبضه بغير اذنها كثمن مبيعها واجر دارها وان كانت غير رشيدة سلمه الى وليها فى مالها من ابيها او وصيه او الحاكم لانه من جملة أموالها فهو كثمن مبيعها واجر دارها.

«مسألة» قال (وليس عليه دفع نفقة زوجته اذا كان مثلها لا يوطأ او منع منها بغير عذر فإن كان المنع من قبله لزمته النفقة)

وجملة ذلك: ان المرأة اذا كانت لا يوطأ مثلها لصغرها فطلب وليها تسليمها والانفاق عليها لم يجب ذلك على الزوج لأن النفقة فى مقابلة الاستمتاع ولهذا تسقط بالنشوز وهذه لا يمكنه الاستمتاع بها، وان كانت كبيرة فمنعته نفسها او منعها اولياؤها فلا نفقة لها ايضاً لانها فى معنى الناشز لكونها لم تسلم الواجب عليها فلا يجب تسليم ما فى مقابلته من الانفاق، وكل موضع لزمته النفقة لزمه تسليم الصداق إذا طولب به:

فأما الموضع الذى لاتلزمه نفقتها فيه كالصغير والمانعة نفسها فقال أبو عبد الله ابن حامد يجب تسليم الصداق . وهو قول الشافعى ، لأن المهر فى مقابلة ملك البضع وقد ملكه ، بخلاف النفقة فإنها فى مقابلة التمكين . ورد قوم هذا وقالوا المهر قد ملكته فى مقابلة ما ملكه من بضعها ، فليس لها المطالبة بالاستيفاء إلا عند إمكان الزوج استيفاء العوض

( فصـــل )

وإمكان الوطء فى الصغيرة معتبر بحالها واحتمالها لذلك ، قاله القاضى وذكر أنهن يختلفن فقد تكون صغيرة السن تصلح وكبيرة لا تصلح ، وحدّه أحمد بتسع سنين فقال فى رواية أبى الحارث فى الصغيرة يطلبها زوجها : فإن أتى عليها تسع سنين دفعت اليه ، ليس لهم أن يحبسوها بعد التسع . وذهب فى ذلك الى أن النبى صلى الله عليه وسلم ، بنى بعائشة وهى ابنة تسع .

قال القاضى : وهذا عندى ليس على طريق التحديد ، وإنما ذكره لأن الغالب أن ابنة تسع يتمكن من الاستمتاع بها ، فمتى كانت لاتصلح للوطء لم يجب على أهلها تسليمها اليه . وإن ذكر أنه يحضنها ويربيها وله من يخدمها لأنه لايملك الاستمتاع بها وليست له بمحل ولا يؤمن شرة نفسه الى مواقعتها فيفضها أو يقتلها ، وإن طلب أهلها دفعها اليه فامتنع فله ذلك ولا تلزمه نفقتها لأنه لا يمكن من استيفاء حقه منها : وإن كانت كبيرة إلا أنها مريضة مرضاً مرجو الزوال لم يلزمها تسليم نفسها قبل برئها لأنه مانع مرجو الزوال فهو كالصغر ، ولأن العادة لم تجر بزف المريضة إلى زوجها ، والتسليم فى العقد يجب على حسب العرف ، فإن سلمت نفسها فتسلمها الزوج فعليه نفقتها لأن المرض عارض يعرض ويتكرر فيشق إسقاط النفقة به فجرى مجرى الحيض ، ولهذا لو مرضت بعد تسليمها لم تسقط نفقتها ، وان امتنع من تسليمها فله ذلك ولا تلزمه نفقتها ، لأنه لما لم يجب تسليمها اليه لم يجب عليه تسلمها كالصغيرة ؛ ولأن العادة لم تجر بتسليمها على هذه الصفة .

وقال القاضى : يلزمه تسلمها وان امتنع فعليه نفقتها لما ذكرنا من أنه عارض لا يمكن التحرز منه ويتكرر فأشبه الحيض . فأما ان كان المرض غير مرجو الزوال

لزم تسليمها الى الزوج اذا طلبها ولزمه تسلمها اذا عرضت عليه لانها ليست لها حالة يرجى زوال ذلك فيها فلو لم تسلم نفسها لم يفد التزويج فائدة وله أن يستمتع بها ، فان كانت نضوة الخلق وهو جسيم تخاف على نفسها الافضاء من عظم خلقه فلها منعه من جماعها وله الاستمتاع بها فيما دون الفرج وعليه نفقتها ولا يثبت له خيار الفسخ ، لان هذه يمكن الاستمتاع بها لغيره . وإنما امتناع الاستمتاع لمعنى فيه وهو عظم خلقه بخلاف الرتقاء ، وان طلب تسليمها اليه وهى حائض احتمل أن لا يجب ذلك لأنه خلاف العادة ، فأشبه المرض المرجو الزوال . واحتمل وجوب التسليم لأنه يزول قريبا ولا يمنع من الاستمتاع بما دون الفرج ، فإذا طلب ذلك لم يجز منعه منه كما لم يجز لها منعه منه بعد تسلمها ، وان عرضت عليه فأباها حتى تطهر فعلى قول القاضي يلزمه تسلمها ونفقتها ان امتنع منه . ويتخرج على ما ذكرنا أن لا يلزمه ذلك كالمرض المرجو الزوال

( فصــــل )

فإن منعت نفسها حتى تتسلم صداقها وكان حالا فلها ذلك . قال ابن المنذر : وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن للمرأة ان تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها . وإن قال الزوج لا أسلم اليها الصداق حتى أتسلمها أجبر الزوج على تسليم الصداق أولا ثم تجبر هي على تسليم نفسها . ومذهب الشافعي فى هذا على نحو مذهبه فى البيع .

ولنا أن فى إجبارها على تسليم نفسها أولا خطر إتلاف البضع والامتناع من بذل الصداق فلا يمكن الرجوع فى البضع بخلاف المبيع الذى يجبر على تسليمه قبل تسليم ثمنه ، فاذا تقرر هذا فلها النفقة ما امتنعت لذلك ، وان كان معسراً بالصداق لان امتناعها بحق ؛ وان كان الصداق مؤجلا فليس لها منع نفسها قبل قبضه لان رضاها بتأجيله رضى بتسليم نفسها قبل قبضه ، كالثمن المؤجل فى البيع ، فان حل المؤجل قبل تسليم نفسها لم يكن لها منع نفسها أيضا لان التسليم قد وجب عليها واستقر قبل قبضه فلم يكن لها أن تمتنع منه . وإن كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا فلها منع نفسها قبل قبض العاجل دون الآجل ، وان كان الكل حالا فلها منع

نفسها على ما ذكرنا ، فان سلمت نفسها قبل قبضه ثم أرادت منع نفسها حتى تقبضه فقد توقف أحمد عن الجواب فيها ، وذهب أبو عبدالله بن بطة وأبو اسحاق بن شاقلا الى أنها ليس لها ذلك ، وهو قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد ، لان التسليم استقر به العوض برضى المسلم فلم يكن لها أن تمتنع منه بعد ذلك كما لو سلم البائع المبيع . وذهب أبو عبد الله بن حامد الى أن لها ذلك ، وهو مذهب أبي حنيفة لانه تسليم يوجبه عليها عقد النكاح فملكت أن تمتنع منه قبل قبض صداقها كالاول ، فأما ان وطئها مكرهة لم يسقط به حقها من الامتناع لانه حصل بغير رضاها كالمبيع اذا أخذه المشترى من البائع كرها

وان أخذت الصداق فوجدته معيبا فلها منع نفسها حتى يبدله أو يعطيها أرشه لان صداقها صحيح ، وان لم تعلم عيبه حتى سلمت نفسها خرج على الوجهين فيما اذا سلمت نفسها قبل قبض صداقها ثم بدا لها أن تمتنع ، وكل موضع قلنا لها الامتناع من تسليم نفسها فلها السفر بغير اذن الزوج لانه لم يثبت للزوج عليها حق الحبس فصارت كمن لا زوج لها ، ولو بقى منه درهم كان كبقاء جميعه لان كل من ثبت له الحبس بجميع البدل ثبت له الحبس ببعضه كسائر الديون

( فصـــل )

وان أعسر الزوج بالمهر الحال قبل الدخول فلها الفسخ لأنه تعذر الوصول الى عوض العقد قبل تسليم المعوض فكان لها الفسخ ، كما لو أعسر المشترى بالثمن قبل تسليم المبيع ، وان أعسر بعد الدخول فعلى وجهين مبنيين على منع نفسها ، فان قلنا لها منع نفسها بعد الدخول فلها الفسخ كما قبل الدخول ، وان قلنا ليس لها منع نفسها فليس لها الفسخ كما لو أفلس بدين لها آخر ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم لانه مجتهد فيه

« مسألة » قال ( واذا تزوجها على صداقين سر وعلانية أخذ بالعلانية ، وان كان السر قد انعقد به النكاح )

ظاهر كلام الخرقى أن الرجل اذا تزوج المرأة فى السر بمهر ثم عقد عليها فى

العلانية بمهر آخر أنه يؤخذ بالعلانية . وهذا ظاهر قول أحمد فى رواية الأثرم ، وهو قول الشعبي وابن أبي ليلى والثورى وأبي عبيد .

وقال القاضى : الواجب المهر الذى انعقد به النكاح سراً كان أو علانية . وحمل كلام أحمد والخرقى على أن المرأة لم تقر بنكاح السر فيثبت مهر العلانية لأنه الذى ثبت به النكاح ، وهذا قول سعيد بن عبد العزيز وأبي حنيفة والأوزاعى والشافعى ونحوه عن شريح والحسن والزهرى . والحكم بن عيينة ، ومالك واسحاق لأن العلانية ليس بعقد ولا يتعلق به وجوب شيء ، ووجه قول الخرقى : أنه إذا عقد فى الظاهر عقدا بعد عقد السر ، فقد وجد منه بذل الزائد على مهر السر فيجب ذلك عليه كما لو زادها على صداقها ، ومقتضى ما ذكرنا من التعليل لكلام الخرقى : أنه إن كان مهر السر أكثر من العلانية ، وجب مهر السر ، لأنه وجب عليه بعقده ولم تسقطه العلانية فبقى وجوبه . فأما ان اتفقا على أن المهر ألف وأنهما يعقدان العقد بألفين تجملا ففعل ذلك ، فالمهر ألفان ، لأنها تسمية صحيحة فى عقد صحيح فوجبت كما لو لم يتقدمها اتفاق على خلافها ، وهذا أيضاً قول القاضى ومذهب الشافعى ، ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون السر من جنس العلانية نحو أن يكون السر ألفا والعلانية ألفين ، أو يكونا من جنسين مثل أن يكون السر مائة درهم والعلانية مائة دينار .

وإذا قلنا إن الواجب مهر العلانية فيستحب للمرأة أن تفى للزوج بما وعدت به وشرطته على نفسها من أنها لا تأخذ الا مهر السر .

قال أحمد فى رواية ابن منصور : اذا تزوج امرأة فى السر بمهر وأعلنوا مهراً ينبغى لهم أن يفوا ويؤخذ بالعلانية ، فاستحب الوفاء بالشرط لئلا يحصل منهم غرور ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المؤمنون على شروطهم » وعلى قول القاضى : اذا ادعى الزوج عقدا فى السر انعقد به النكاح فيه مهر قليل فصدقته فيه فليس لها سواه ، وإن أنكرته فالقول قولها لأنها منكرة ، وان أقرت به وقالت هما مهران فى نكاحين ، وقال بل نكاح واحد أسررناه ثم أظهرناه فالقول قولها ، لأن الظاهر أن الثانى عقد صحيح يفيد حكما كالاول ، ولها المهر فى العقد الثانى

ونصف المهر فى العقـــد الأول إن ادعى سقوط نصفه بالطلاق قبل الدخول ، وإن أصر على الانكار سئلت المرأة فإن ادعت أنه دخل بها فى النكاح الأول ثم طلقها طلاقا بائناً ثم نـكحها نـكاحا ثانيا حلفت على ذلك واستحقت ، وان أقرت بما يسقط نصف المهر أو جميعه لزمها ما أقرت به .

( فصـــل )

إذا تزوج أربع نســوة فى عقد واحد بمهر واحد ، مثل أن يكون لهن ولى واحد كبنات الأعمام أو موليات لمولى واحد ، أو من ليس لهن ولى فزوجهن الحاكم ، أو كان لهن أولياء فوكلوا وكيلا واحدا فعقد نـكاحهن مع رجل فقبله فالنكاح صحيح والمهر صحيح ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وهو أشهر قولى الشافعى ، والقول الثانى أن المهر فاسد ويجب مهر المثل ، لأن ما يجب لكل واحـدة منهن من المهر غير معلوم .

ولنا أن الفرض فى الجملة معلوم فلا يفسد لجهالته فى التفصيل ، كما لو اشترى أربعة أعبد من رجل بثمن واحد ، وكذلك الصبرة بثمن واحـد ، وهو لا يعلم قدر قفزانها . إذا ثبت هذا فإن الصداق يقسم بينهن على قدر مهورهن فى قول القاضى وابن حامد ، وهو قول ابى حنيفة وصاحبيه والشافعى .

وقال أبو بكر يقسم بينهن بالسوية لأنه أضافه اليهن اضافة واحدة فكان بينهن بالسوية ، كما لو وهبه لهن أو أقر به لهن ، وكما لو اشترى جماعة ثوباً بأثمان مختلفة ثم باعوه مرابحة أو مساومة كان الثمن بينهم بالسواء : وان اختلفت رءوس أموالهم ، ولأن القول بتقسيطه يفضى الى جهالة العوض لكل واحدة منهن ، وذلك يفسده .

ولنا أن الصفقة اشتملت على شيئين مختلفى القيمة فوجب تقسيط العوض عليهما بالقيمة ، كما لو باع شقصا وسيفا ، أو كما لو ابتاع عبدين فوجد أحدهما حراً أو مغصوبا ، وقد نص أحمد فيمن ابتاع عبدين فإذا أحدهما حر أنه يرجع بقيمته من الثمن ، وكذلك نص فيمن تزوج على جاريتين فإذا إحداهما حرة أنه يرجع بقيمة الحرة ، ولو اشترى عبدين فوجد أحدهما معيبا فرده لرجع بقسطه من الثمن ، وما ذكره من المسألة غير مسلم له وإن سلم فالقيمة ثم واحدة بخلاف مسألتنا .

وأما الهبة والإقرار فليس فيهما قيمة يرجع اليها وتقسم الهبة عليها ، بخلاف مسألتنا ، وافضاؤه الى جهالة التفصيل لا يمنع الصحة إذا كان معلوم الجملة ، ويتفرع عن هذه المسألة إذا خالع إمرأتين بعوض واحد ؛ أو كاتب عبيداً بعوض واحد أنه يصح مع الخلاف فيه ، ويقسم العوض فى الخلع على قدر المهرين ، وفى الكتابة على قدر قيمة العبيد ، وعلى قول أبى بكر : يقسم بالسوية فى المسألتين .

( فصل ) وإذا تزوج إمرأتين بصداق واحد ، واحداهما ممن لا يصح العقد عليها لكونها محرمة عليه أو غير ذلك ، وقلنا بصحة النكاح فى الاخرى فلها بحصتها من المسمى ، وبه قال الشافعى على قول وأبو يوسف ، وقال أبو حنيفة : المسمى كله للتى يصح نكاحها ، لأن العقد الفاسد لا يتعلق به حكم بحال ، فصار كأنه تزوجها ، والحائط بالمسمى .

ولنا أنه عقد على عينين احداهما لا يجوز العقد عليها ، فلزمه فى الأخرى بحصتها ، كما لو باع عبده وأم ولده ، وما ذكروه ليس بصحيح ، فإن المرأة فى مقابلة نكاحها مهر بخلاف الحائط .

( فصل ) فإن جمع بين نكاح وبيع فقال : زوجتك ابنتى ، وبعتك دارى هذه بألف ، صح ، ويقسط الألف على صداقها وقيمة الدار ، وان قال . زوجتك ابنتى واشتريت منك عبدك هذا بألف ، فقال : بعتكه وقبلت النكاح ، صح ويقسط الألف على العبد ومهر المثل ، وقال الشافعى فى أحد قوليه : لا يصح البيع والمهر لافضائه الى الجهالة .

ولنا أنهما عقدان يصح كل واحد منهما منفرداً ، فصح جمعهما ، كما لو باعه ثوبين ، فإن قال : زوجتك ولك هذا الألف بألفين ، لم يصح المهر لأنه كمسألة مد عجوة .

( فصل ) وان تزوجها على ألف ان كان أبوها حيا ، وعلى ألفين ان كان أبوها ميتا فالتسمية فاسدة ولها صداق نسائها ، نص عليه أحمد فى رواية مهنا ، لأن حال الاب غير معلومة فيكون مجهولا ، وان قال : تزوجتك على ألف ان لم أخرجك من دارك ، وعلى ألفين ان أخرجتك منها ، أو على ألف ان لم يكن لى امرأة وعلى ألفين ان كانت لى امرأة ، فنص أحمد على صحة التسمية فى هاتين المسألتين .

وقال القاضي وأبو بكر : في الجميع روايتان . إحداهما . لا يصح ، واختاره أبو بكر لأن سبيله سبيل الشرطين فلم يجز كالبيع . والرواية الثانية . يصح لأن ألفا معلوم وإنما جهل الثاني وهو معلوم على شرط . فإن وجد الشرط كان زيادة في الصداق والصداق تجوز الزيادة فيه ، والأولى أولى . والقول بأن هذا تعليق على شرط لا يصح لوجهين .

أحدهما : أن الزيادة لا يصح تعليقها على شرط . فلو قال : إن مات أبوك ، فقد زدتك في صداقك ألفا لم تصح ولم تلزم الزيادة عند موت الأب

والثاني : أن الشرط ههنا لم يتجدد في قوله : إن كان لي زوجة ، أو إن كان أبوك ميتاً . ولا الذي جعل الألف فيه معلوم الوجود ليكون الألف الثاني زيادة عليه : ويمكن الفرق بين المسألة التي نص أحمد على إبطال التسمية فيها ، وبين التي نص على الصحة فيها بأن الصفة التي جعل الزيادة فيها ليس للمرأة فيها غرض يصح بذل العوض فيه . وهو كون أبيها ميتاً بخلاف المسألتين اللتين صحت التسمية فيها ؛ فإن خلو المرأة من ضرة تغيرها وتقاسمها وتضيق عليها من أكبر أغراضها ، وكذلك إقرارها في دارها بين أهلها وفي وطنها ؛ فلذلك خففت صداقها لتحصيل غرضها وثقلته عند فواته . فعلى هذا يمتنع قياس إحدى الصورتين على الأخرى . ولا يكون في كل مسألة إلا رواية واحدة ، وهي الصحة في المسألتين الأخريين ، والبطلان في المسألة الأولى . وما جاء من المسائل ألحق بأشبهها به .

(فصل) وإن تزوجها على طلاق امرأة له أخرى لم تصح التسمية . ولها مهر مثلها ، وهذا اختيار أبي بكر وقول أكثر الفقهاء : لأن هذا ليس بمال وإنما قال الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفئ ما في صحفتها ولتنكح ؛ فإنما لها ما قدر لها » صحيح . وروى عبدالله ابن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا يحل لرجل أن ينكح امرأة بطلاق أخرى » ولأن هذا لا يصلح ثمنا في بيع ولا أجراً في إجارة ، فلم يصح صداقا كالمنافع المحرمة ، فعلى هذا يكون حكمه حكم ما لو أصدقها خمراً ، ونحوه يكون لها مهر المثل أو نصفه إن طلقها قبل الدخول أو المتعة عند من يوجبها في التسمية الفاسدة .

وعن أحمد رواية أخرى : أن التسمية صحيحة ، لأنه شرط فعلا لها فيه نفع وفائدة لما يحصل لها من الراحة بطلاقها من مقاسمتها وضررها والغيرة منها فصح صداقا ، كعتق أبيها وخياطة قميصها . ولهذا صح بذل العوض فى طلاقها بالخلع . فعلى هذا إن لم يطلق ضرتها فلها مثل صداق الضرة . لأنه سمى لها صداقا لم تصل إليه فكان لها قيمته ، كما لو أصدقها عبداً فخرج حراً . ويحتمل أن لها مهر مثلها ، لأن الطلاق لا قيمة له . وان جعل صداقها أن طلاق ضرتها اليها الى سنة فلم تطلقها ، فقال أحمد : اذا تزوج امرأة وجعل طلاق الاولى مهر الاخرى إلى سنة أو الى وقت لجاء الوقت ولم تقض شيئا رجع الامر اليه . فقد أسقط أحمد حقها لأنه جعله لها الى وقت . فإذا مضى الوقت ولم تقض فيه شيئا ، بطل تصرفها كالوكيل . وهل يسقط حقها من المهر ؟ فيه وجهان ذكرهما أبو بكر .

أحدهما : يسقط . لأنها تركت ما شرط لها باختيارها فسقط حقها كما لو تزوجها على عبد فاعتقته .

والثانى : لا يسقط لأنها أخرت استيفاء حقها فلا يسقط كما لو أجلت قبض دراهمها ، وهل ترجع الى مهر مثلها أو الى مهر الأخرى ؟ يحتمل وجهين :

( فصل ) الزيادة فى الصداق بعد العقد تلحق به نص عليه أحمد ، قال : فى الرجل يتزوج المرأة على مهر فلما رآها زادها فى مهرها فهو جائز ، فإن طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق الأول والذى زادها ، وهذا قول أبى حنيفة . وقال الشافعى لا تلحق الزيادة بالعقد فإن زادها فهى هبة تفتقر الى شروط الهبة . وان طلقها بعد هبتها لم يرجع بشيء من الزيادة . قال القاضى وعن أحمد مثل ذلك . فانه قال : اذا زوج رجل أمته عبده ثم أعتقهما جميعاً فقالت الأمة زدنى فى مهرى حتى اختارك فالزيادة للأمة . ولو لحقت بالعقد كانت الزيادة للسيد . وليس هذا دليلا على أن الزيادة لا تلحق بالعقد فإن معنى لحوق الزيادة بالعقد أنها تلزم ويثبت فيها أحكام الصداق من التنصيف بالطلاق قبل الدخول وغيره . وليس معناه أن الملك يثبت فيها قبل وجودها وأنها تكون للسيد ، واحتج الشافعى بأن الزوج ملك البضع بالمسمى فى العقد فلم يحصل بالزيادة شيء

من المعقود عليه فلا تكون عوضا فى النكاح كما لو وهبها شيئا ، ولأنها زيادة فى عوض العقد بعد لزومه فلم يلحق به كما فى البيع .

ولنا قول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) ولأن ما بعد العقد زمن لفرض المهر فكان حالة الزيادة كحالة العقد ، وبهذا فارق البيع والإجارة ، وقولهم انه لم يملك به شيئا من المعقود عليه ، قلنا : هذا يبطل بجميع الصداق فإن الملك ما حصل به ولهذا صح خلوه عنه ، وهذا ألزم عندهم فإنهم قالوا مهر المفوضة انما وجب بفرضه لا بالعقد ، وقد ملك البضع بدونه ثم انه يجوز أن يستند ثبوت هذه الزيادة الى حالة العقد فيكون كأنه ثبت بهما جميعا كما قالوا فى مهر المفوضة اذا فرضه وكما قلنا جميعا فيما اذا فرض لها أكثر من مهر مثلها ، اذا ثبت هذا فان معنى لحوق الزيادة بالعقد أنه يثبت لها حكم المسمى فى العقد فى أنها تتنصف بالطلاق ولا تفتقر الى شروط الهبة ، وليس معناه أن الملك يثبت فيها من حين العقد ، ولانها تثبت لمن كان الصداق له لان الملك لا يجوز تقدمه على سببه ولا وجوده فى حال عدمه ؛ وانما يثبت الملك بعد سببه من حينئذ ، وقال القاضى فى الزيادة وجه آخر ، أنها تسقط بالطلاق ، ولا أعرف وجه ذلك فان من جعلها صداقا جعلها تستقر بالدخول وتتنصف بالطلاق قبله وتسقط كلها اذا جاء الفسخ من قبل المرأة ، ومن جعلها هبة جعلها جميعها للمرأة لا تتنصف بطلاقها الا أن تكون غير مقبوضة ، فانها تسقط لكونها عدة غير لازمة فان كان القاضى أراد ذلك فهذا وجه والا فلا .

« مسألة » قال ﴿ فاذا أصدقها غنما فتوالدت ثم طلقها قبل الدخول كانت الاولاد لها ورجع بنصف الامهات الا أن تكون الولادة نقصتها فيكون مخيرا بين أن يأخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها أو يأخذ نصفها ناقصة ﴾

قد ذكرنا أن المهر يدخل فى ملك المرأة بمجرد العقد فاذا زاد فالزيادة لها وان نقص فعليها ، واذا كانت غنما فولدت فالاولاد زيادة منفصلة تنفرد بها دونه لانه نماء ملكها ويرجع فى نصف الامهات ان لم تكن نقصت ولا زادت زيادة

متصلة لانه نصف ما فرض لها ، وقد قال الله تعالى ( وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ) وان كانت نقصت بالولادة أو بغيرها فله الخيار بين أخذ نصفها ناقصا لانه راض بدون حقه وبين أخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها لان ضمان النقص عليها ، وبهذا قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة لا يرجع فى نصف الاصل ؛ وانما يرجع فى نصف القيمة لانه لا يجوز فسخ العقد فى الاصل دون النماء لانه موجب العقد فلم يجز رجوعه فى الاصل بدونه .

ولنا أن هذا نماء منفصل عن الصداق فلم يمنع رجوع الزوج كما لو انفصل قبل القبض ، وما ذكروه فغير صحيح لان الطلاق ليس برفع للعقد ولا النماء من موجبات العقد انما هو من موجبات الملك . اذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الولادة قبل تسليمه اليها أو بعده الا أن يكون قد منعها قبضه فيكون النقص من ضمانه والزيادة لها فتنفرد بالاولاد ؛ وان نقصت الامهات خيرت بين أخذ نصفها ناقصة وبين أخذ نصف قيمتها أكثر ما كانت من يوم أصدقها الى يوم طلقها ، وان أراد الزوج أخذ نصف قيمة الامهات من المرأة لم يكن له ذلك ، وقال أبو حنيفة اذا ولدت فى يد الزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع فى نصف الاولاد أيضا لان الولد دخل فى التسليم المستحق بالعقد لان حق التسليم تعلق بالام فسرى الى الولد كحق الاستيلاد : وما دخل فى التسليم المستحق يتنصف بالطلاق كالذى دخل فى العقد .

ولنا قول الله تعالى ( فنصف ما فرضتم ) وما فرض ههنا الا الامهات فلا يتنصف سواها . ولان الولد حدث فى ملكها فأشبه ما حدث فى يدها ولا يشبه حق التسليم حق الاستيلاد فان حق الاستيلاد يسرى وحق التسليم لا سراية له فان تلف فى يد الزوج وكانت المرأة قد طالبت به فمنعها ضمنه كالغاصب والا لم يضمنه لانه تبع لامه .

( فصل ) والحكم فى الصداق اذا كان جارية كالحكم فى الغنم ، فاذا ولدت كان الولد لها كولد الغنم الا أنه ليس له الرجوع فى نصف الاصل لانه يفضى

إلى التفريق بين الأم وولدها فى بعض الزمان ، وكما لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها فى جميع الزمان لا يجوز فى بعضه فيرجع أيضا فى نصف قيمتها وقت ما أصدقها لا غير .

( فصـــل )

وإن كان الصداق بهيمة حائلا فحملت فالحمل فيها زيادة متصلة إن بذلتها له بزيادتها لزمه قبولها ، وليس ذلك معدوداً نقصاً ولذلك لا يرد به المبيع ، وإن كان أمة فحملت فقد زادت من وجه لأجل ولدها ونقصت من وجه لأن الحمل فى النساء نقص لخوف التلف عليها حين الولادة ولهذا يرد بها المبيع . فحينئذ لا يلزمها بذلها لأجل الزيادة ولا يلزمه قبولها لأجل النقص وله نصف قيمتها ، وإن اتفقا على تنصيفها جاز ، وإن أصدقها حاملا فولدت فقد أصدقها عينين الجارية وولدها وزاد الولد فى ملكها فإن طلقها فرضيت ببذل النصف من الأم والولد جميعاً أجبر على قبولهما لأنها زيادة غير متميزة ، وإن لم تبذله لم يجز له الرجوع فى نصف الولد لزيادته ولا فى نصف الام لما فيه من التفرقة بينها وبين ولدها ، ويرجع بنصف قيمة الام ، وفى نصف الولد وجهان

أحدهما : لا يستحق نصف قيمته لانه حالة العقد لا قيمة له وحالة الانفصال قد زاد فى ملكها فلا يقوم الزوج بزيادته ، ويفارق ولد المغرور فإن وقت الانفصال وقت الحيلولة فلهذا قوم فيها بخلاف مسألتنا .

والثانى : له نصف قيمته لانه أصدقها عينين فلا يرجع فى احداهما دون الاخرى ويقوم حالة الانفصال لانها أول حالة امكان تقويمه . وفى المسألة وجه آخر : وهو أن الحمل لا حكم له فيكون كأنه حادث .

( فصل ) اذا كان الصداق مكيلا أو موزونا فنقص فى يد الزوج قبل تسليمه إليها أو كان غير المكيل والموزون فمنعها أن تتسلمه فالنقص عليه لانه من ضمانه وتتخير المرأة بين أخذ نصفه ناقصا مع أرش النقص وبين أخذ نصف قيمته أكثر ما كانت من يوم أصدقها الى يوم طلقها ، لانه ان زاد فلها ، وان نقص فعليه فهو بمنزلة الغاصب ، ولا يضمن زيادة القيمة لتغير الاسعار لانها ليست من ضمان الغاصب فههنا أولى .

( مسألة ) قال ( وإذا أصدقها أرضا فبنتها دارا أو ثوبا فصبغته ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها إلا أن يشاء أن يعطيها نصف قيمة البناء أو الصبغ فيكون له النصف أو تشاء هي أن تعطيه زائداً فلا يكون له غيره )

إنما كان له نصف القيمة لأنه قد صار في الأرض والثوب زيادة للمرأة وهي البناء والصبغ : فإن دفعت إليه نصف الجميع زائداً فعليه قبوله لأنه حقه وزيادة ، وأن بذل لها نصف قيمة البناء والصبغ ويكون له النصف فقال الخرقي : له ذلك ، قال القاضي : هذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لأنها تجبر على قبوله لأن بيع البناء معاوضة فلا تجبر المرأة عليها

والصحيح أنها تجبر لأن الارض حصلت له وفيها بناء لغيره فإذا بذل القيمة لزم الآخر قبوله كالشفيع إذا أخذ الأرض بعد بناء المشتري فيها فبذل الشفيع قيمته لزم المشتري قبولها ، وكذلك اذا رجع المعير في أرضه وفيها بناء أو غرس للمستعير فبذل المعير قيمة ذلك لزم المستعير قبولها

( فصل ) إذا أصدقها نخلا حائلا فأثمرت في يده فالثمرة لها لأنها نماء ملكها فإن جذتها بعد تناهيها وجعلتها في ظروف وألقى عليها صقرا من صقرها وهو سيلان الرطب بغير طبخ ، وهذا يفعله أهل الحجاز حفظا لرطوبتها لم يخل من ثلاثة أحوال

أحدها : أن لا تنقص قيمة الثمرة والصقر بل كانا بحالها أو زادا فإنه يردها عليها ولا شيء عليه .

الثاني : أن تنقص قيمتهما وذلك على ضربين . أحدهما : أن يكون نقصهما متناهيا فإنه يدفعهما إليها وأرش نقصهما لانه تعدى بما فعله من ذلك . الضرب الثاني أن لا يتناهى بل يتزايد ففيه وجهان . أحدهما : أنها تأخذ قيمتها لانها كالمستهلكة والثاني . هي مخيرة بين ذلك وبين تركها حتى يستقر نقصها وتأخذها وأرشها كالمغصوب منه ، الحال الثالث . أن لا تنقص قيمتها لكن ان أخرجها من ظروفها نقصت قيمتها فللزوج اخراجها وأخذ ظروفها إن كانت الظروف ملكه وإذا نقصت فالحكم على ما ذكرناه ، وان قال الزوج أنا أعطيكها مع ظروفها فقال القاضي

يلزمها قبولها لأن ظروفها كالمتصلة بها التابعة لها ، ويحتمل أن لا يلزمها قبولها لأن الظروف عين ماله فلا يلزمها قبولها كالمنفصلة عنها .

( فصل ) فإن كانت بحالها الا أن الصفر المتروك على الثمرة ملك الزوج فإنه ينزع الصفر ويرد الثمرة والحكم فيها ان نقصت أو لم تنقص كالتى قبلها ، فإن قال أنا أسلمها مع الصفر والظروف ، فعلى الوجهين اللذين ذكرناهما وفى الموضع الذى حكمنا أن له رده اذا قالت أنا أرد الثمرة وآخذ الاصل فلها ذلك فى أحد الوجهين والآخر ليس لها ذلك مبنيان على تفريق الصفقة فى البيع ، وقد ذكرناها فى موضعها

## فصل

إذا كان الصداق جارية فوطئها الزوج عالماً بزوال ملكه وتحريم الوطء عليه فعليه الحد لانه وطء فى غير ملكه وعليه المهر لسيدتها أكرهها أو طاوعته لأن المهر لمولاتها فلا يسقط ببذلها ومطاوعتها كما لو بذلت يدها للقطع ، والولد رقيق[1] للمرأة وان اعتقد أن ملكه لم يزل عن جميعها أو غير عالم بتحريمها عليه فلا حد عليه للشبهة وعليه المهر والولد حر لاحق نسبه به وعليه قيمته يوم ولادته ولا تصير أم ولد له ، وان ملكها بعد ذلك لأنه لاملك له فيها ، وتخير المرأة بين أخذها فى حال حملها وبين أخذ قيمتها لانه نقصها باحبالها ، وهل لها الارش مع ذلك ؟ يحتمل أن لها الارش لانها نقصت بعدوانه ، أشبه مالو نقصها الغاصب بذلك ، وقال بعض أصحاب الشافعى فى الارش ههنا قولان ، وقال بعضهم ينبغى أن يكون لها المطالبة بالارش قولا واحداً لان النقص حصل بفعله الذى تعدى به فهو كالغاصب وكما لو طالبته فمنع تسليمها وهذا أصح .

( فصل ) اذا أصدق ذمى ذمية خمراً فتخللت فى يدها ثم طلقها قبل الدخول احتمل أن لا يرجع عليها بشىء لانها قد زادت فى يدها بالتخلل والزيادة لها ، وان أراد الرجوع بنصف قيمتها قبل التخلل فلا قيمة لها وإنما يرجع إذا زادت فى نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض وحينئذ لا قيمة لها ، وان تخللت فى يد الزوج ثم طلقها فلها نصفها لان الزيادة لها ، ويحتمل أن يكون الخل له وعليه نصف مهر مثلها إذا ترافعا الينا قبل القبض أو أسلما أو أحدهما .

---

(١) فى نسخة : رهن

( فصل ) إذا تزوج إمرأة فضمن أبوه نفقتها عشر سنين صح ، ذكره أبو بكر لأن أكثر ما فيه أنه ضمان مجهول أو ضمان مالم يجب وكلاهما صحيح ولا فرق بين كون الزوج موسراً أو معسراً ، واختلف أصحاب الشافعي فنهم من قال كقولنا ؛ ومنهم من قال لا يصح إلا ضمان نفقة المعسر لأن غير المعسر بتغير حاله فيكون عليه نفقة الموسر أو المتوسط فيكون ضمان مجهول والمعسر معلوم ماعليه، ومنهم من قال لا يصح أصلا لأنه ضمان مالم يجب .

ولنا أن الحبل لا يمنع صحة الضمان بدليل صحة ضمان نفقه المعسر مع احتمال أن يموت أحدهما فتسقط النفقة ومع ذلك صح الضمان فكذلك هذا .

## ( فصـــل )

ويجب المهر للمنكوحة نكاحا صحيحا والموطوءة فى نكاح فاسد ، والموطوءة بشبهة بغير خلاف نعلمه ، ويجب للمكرهة على الزنا ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه لا مهر لها ان كانت ثيبا ، واختاره أبو بكر ، ولا يجب مع ذلك أرش البكارة وذكر القاضى أن أحمد قد قال فى رواية أبى طالب فى حق الأجنبية إذا أكرهها على الزنا وهى بكر فعليه المهر وأرش البكارة ، وهذا قول الشافعى ، وقال أبو حنيفة لا مهر للمكرهة على الزنا .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « فلها المهر بما استحل من فرجها » وهذا حجة على أبى حنيفة فإن المكره مستحل لفرجها فإن الاستحلال الفعل فى غير موضع الحل كقوله عليه السلام « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » وهو حجة على من أوجب الأرش لكونه أوجب المهر وحده من غير أرش ولأنه استوفى ما يجب بدله بالشبهة ، وفى العقد الفاسد كرها فوجب بدله كاتلاف المال وأكل طعام الغير .

ولنا على أنه لا يجب الأرش : أنه وطء ضمن بالمهر فلم يجب معه ارش كسائر الوطء ، يحققه ان المهر بدل المنفعة المستوفاة بالوطء وبدل المتلف لا يختلف بكونه فى عقد فاسد وكونه تمحض عدوانا ولأن الأرش يدخل فى المهر لكون الواجب لها مهر المثل ، ومهر البكر يزيد على مهر الثيب ببكارتها فكانت الزيادة فى المهر مقابلة لما أتلف من البكارة فلا يجب عوضها مرة ثانية ، يحققه أنه إذا أخذ أرش

البكارة مرة لم يجز أخذه مرة أخرى فتصير كأنها معدومة فلا يجب لها إلا مهر ثيب ومهر الثيب مع أرش البكارة هو مهر مثل البكر فلا تجوز الزيادة عليه . والله أعلم

( فصل ) ولا فرق بين كون الموطوءة اجنبية او من ذوات محارمه وهو اختيار ابي بكر ومذهب النخعي ومكحول وابي حنيفة والشافعي . وعن احمد رواية اخرى ان ذوات محارمه من النساء لا مهر لهن ، وهو قول الشعبي لأن تحريمهن تحريم اصل فلا يستحق به مهر كاللواط وفارق من حرمت تحريم المصاهرة فإن تحريمها طارىء وكذلك ينبغي ان يكون الحكم فيمن حرمت بالرضاع لأنه طارىء ايضا ، وعن احمد رواية اخرى : ان من تحرم ابنتها لا مهر لها كالأم والبنت والأخت ، ومن تحل ابنتها كالعمة والخالة فلها المهر لأن تحريمها اخف

ولنا ان ما ضمن للأجنبي ضمن للمناسب كالمال ومهر الامة ولانه اتلف منفعة بضعها بالوطء فلزمه مهرها كالأجنبية ، ولانه محل مضمون على غيره فوجب عليه ضمانه كالمال ، وبهذا فارق اللواط فإنه ليس بمضمون على أحد

( فصل )

ولا يجب المهر بالوطء في الدبر ولا اللواط لأن الشرع لم يرد ببدله ولا هو إتلاف لشيء ، فأشبه القبلة والوطء دون الفرج ولا يجب للمطاوعة على الزنا لأنها باذلة لما يجب بدله لها فلم يجب لها شيء كما لو اذنت له في قطع يدها فقطعها الا ان تكون امة فيكون المهر لسيدها ولا يسقط ببذلها لان الحق لغيرها فأشبه ما لو بذلت قطع يدها .

( فصل ) ولو طلق امرأته قبل الدخول طلقة وظن أنها لا تبين بها فوطئها لزمه مهر المثل ونصف المسمى . وقال مالك لا يلزمه إلا مهر واحد .

ولنا . ان المفروض يتنصف بطلاقه بقوله سبحانه ( فنصف ما فرضتم ) ووطؤه بعد ذلك عري عن العقد فوجب به مهر المثل كما لو علم أو كغيرها او كما لو وطئها غيره .

( فصل ) ومن نكاحها باطل بالإجماع كالمزوجة والمعتدة إذا نكحها رجل فوطئها عالما بالحال ، وتحريم الوطء وهي مطاوعة عالمة فلا مهر لها لانه زنا يوجب

الحد وهي مطاوعة عليه وإن جهلت تحريم ذلك أو كونها في العدة فالمهر لها لأنه وطء شبهة .

وقد روى أبو داود بإسناده « أن رجلا يقال له بصرة بن أكثم نكح امرأة فولدت لأربعة أشهر . فجعل النبي صلى الله عليه وسلم لها الصداق » وفي لفظ قال « الصداق بما استحللت من فرجها . فإذا ولدت فاجلدوها » .

وروى سعيد في سننه عن عمران بن كثير « أن عبيد الله بن الحر تزوج جارية من قومه يقال لها الدرداء . فانطلق عبيد الله فلحق بمعاوية ، ومات أبو الجارية فزوجها أهلها رجلا يقال له عكرمة ، فبلغ ذلك عبيد الله فقدم فخاصمهم الى علي رضي الله عنه فقصوا عليه قصتهم فرد عليه المرأة - وكانت حاملا من عكرمة - فوضعت على يد عدل ، فقالت المرأة لعلي أنا أحق بمالي أو عبيد الله ؟ قال بل أنت أحق بمالك ، قالت فاشهدوا أن ما كان لي على عكرمة من صداق فهو له ، فلما وضعت ما في بطنها ردها على عبيد الله بن الحر وألحق الولد بأبيه » .

( فصل )

والصداق إذا كان في الذمة فهو دين إذا مات من هو عليه وعليه دين سواه قسم ماله بينهم بالحصص . قال أحمد في مريض تزوج في مرضه وعليه دين ومات : ما ترك بين الغرماء والمرأة بالحصص وذلك لأن نكاح المريض صحيح والصداق دين فتساوى سائر الديون

( فصل ) وكل فرقة كانت قبل الدخول من قبل المرأة ، مثل إسلامها أو ردتها أو إرضاعها من ينفسخ النكاح بإرضاعه أو ارتضاعها وهي صغيرة أو فسخت لإعساره أو عيبه أو لعتقها تحت عبد أو فسخه بعيبها فإنه يسقط به مهرها ولا يجب لها متعة لأنها أتلفت المعوض قبل تسليمه فسقط البدل كله كالبائع يتلف المبيع قبل تسليمه ، وإن كانت بسبب الزوج كطلاقه وخلعه وإسلامه وردته أو جاءت من أجنبي كالرضاع أو وطء ينفسخ به النكاح سقط نصف المهر ووجب نصفه أو المتعة لغير من سمى لها ، ثم يرجع الزوج على من فسخ النكاح إذا جاء

الفسخ من قبل أجنبي . وان قتلت المرأة استقر المهر جميعه لأنها فرقة حصلت بالموت وانتهاء النكاح فلا يسقط بها المهر ، كما لو ماتت حتف أنفها : سواء قتلها زوجها أو أجنبي أو قتلت نفسها أو قتل الامة سيدها ، وان طلق الحاكم على الزوج فى الايلاء فهو كطلاقه لأنه قام مقامه فى ايفاء الحق عليه عند امتناعه منه ، وفى فرقة اللعان روايتان :

احداهما : هى كطلاقه لأن سبب اللعان قذفه الصادر منه

والثانية : يسقط به مهرها لان الفسخ عقيب لعانها فهو كفسخها لعنته ، وفى فرقة شرائها لزوجها أيضا روايتان :

احداهما : يتنصف بها مهرها لان البيع الموجب للفسخ تم بالسيد القائم مقام الزوج وبالمرأة فأشبه الخلع

والثانية : يسقط المهر لأن الفسخ وجد عقيب قبولها ، فأشبه فسخها لعنته ، وفيما اذا اشترى الحر امرأته وجهان مبنيان على الروايتين فى شرائها لزوجها ، واذا جعل لها الخيار فاختارت نفسها أو وكلها فى الطلاق فطلقت نفسها فهو كطلاقه لايسقط مهرها ، لان المرأة وان باشرت الطلاق فهى نائبة عنه ووكيلة له وفعل الوكيل كفعل الموكل ، فكأنه صدر عن مباشرته ، وان علق طلاقها على فعل من قبلها لم يسقط مهرها لأن السبب منه وجد ، وانما هى حققت شرطه والحكم ينسب الى صاحب السبب . والله أعلم

# كتاب الوليمة

الوليمة اسم للطعام فى العرس خاصة ، لا يقع هذا الاسم على غيره ، كذلك حكاه ابن عبدالبر عن ثعلب وغيره من أهل اللغة ، وقال بعض الفقهاء من أصحابنا وغيرهم ان الوليمة تقع على كل طعام لسرور حادث ، الا أن استعمالها فى طعام العرس أكثر ، وقول أهل اللغة أقوى لأنهم أهل اللسان ، وهم أعرف بموضوعات اللغة وأعلم بلسان العرب ، والعذيرة اسم لدعوة الختان ، وتسمى الاعذار ، والخرس والخرسة عندالولادة والوكيرة دعوة البناء . يقال وكّر وخرّس مشدد ، والنقيعة عند قدوم الغائب ، يقال نقع مخفف ، والعقيقة الذبح لاجل الولد ، قال الشاعر :

كل الطعام تشتهى ربيعه　　الخرس والاعذار والنقيعة

والحذاق : الطعام عند حذاق الصبي ، والمأدبة اسم لكل دعوة ، لسبب كانت أو لغير سبب ، والآدب صاحب المأدبة ، قال الشاعر :

نحن فى المشتاة ندعو الجفلى　　لا ترى الآدب منا ينتقر

والجفلى فى الدعوة أن يعم الناس بدعوته، والنقرى هو ان يخص قوما دون قوم

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ ويستحب لمن تزوج ان يولم ولو بشاة ﴾

لا خلاف بين أهل العلم فى أن الوليمة سنة فى العرس مشروعة ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم « أمر بها وفعلها » فقال لعبد الرحمن بن عوف حين قال تزوجت « أولم ولو بشاة » وقال أنس « ما أولم رسول الله صلى الله عليه وسلم على امرأة من نسائه ما أولم على زينب ، جعل يبعثنى فأدعو له الناس ، فأطعمهم خبزاً ولحما حتى شبعوا »

وقال أنس « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اصطفى صفية لنفسه فخرج بها حتى بلغ ثنية الصهباء فبنى بها ، ثم صنع حيسا فى نطع صغير ثم قال : ائذن لمن حولك ، فكانت وليمة رسول الله صلى الله عليه وسلم على صفية » متفق عليهن ، ويستحب أن يولم بشاة ان أمكنه ذلك ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم

لعبد الرحمن « أولم ولو بشاة » وقال أنس « ما أولم النبي صلى الله عليه وسلم على شيء من نسائه ما أولم على زينب أولم بشاة » لفظ البخاري فإن أولم بغير هذا جاز فقد أولم النبي صلى الله عليه وسلم على صفية بحيس ، وأولم على بعض نسائه بمدين من شعير ، رواه البخاري

( فصـــل ) وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب الشافعي هي واجبة ، لأن النبي ( ص ) أمر بها عبد الرحمن بن عوف ، ولأن الإجابة اليها واجبة فكانت واجبة

ولنا أنها طعام لسرور حادث ، فأشبه سائر الاطعمة ، والخبر محمول على الاستحباب بدليل ما ذكرناه ، وكونه أمر بشاة ولا خلاف في انها لا تجب ، وما ذكروه من المعنى لا أصل له ، ثم هو باطل بالسلام ليس بواجب ، وإجابة المسلم واجبة .

« مسألة » قال ( وعلى من دُعي أن يجيب )

قال ابن عبد البر : لا خلاف في وجوب الاجابة الى الوليمة لمن دعي اليها اذا لم يكن فيها لهو ، وبه يقول مالك والشافعي والعنبري وأبو حنيفة وأصحابه ، ومن أصحاب الشافعي من قال: هي من فروض الكفايات لان الاجابة اكرام وموالاة فهي كرد السلام

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا دعي أحدكم الى الوليمة فليأتها » وفي لفظ قال . قال رسول الله ( ص ) « أجيبوا هذه الدعوة اذا دعيتم اليها » وقال ابو هريرة « شر الطعام طعام الوليمة يدعى لها الاغنياء ويترك الفقراء ، ومن لم يُجب فقد عصى الله ورسوله » رواهن البخاري ، وهذا عام . ومعنى قوله « شر الطعام طعام الوليمة » والله أعلم أي طعام الوليمة التي يدعى اليها الاغنياء ويترك الفقراء ؛ ولم يرد ان كل وليمة طعامها شر الطعام ؛ فإنه لو أراد ذلك لما أمر بها ولا ندب اليها ولا امر بالاجابة اليها ولا فعلها ، ولان الاجابة تجب بالدعوة ، فكل من دعي فقد وجبت عليه الاجابة

( فصل ) وانما تجب الإجابة على من عين بالدعوة بأن يدعو رجلا بعينه أو جماعة معينين . فإن دعا الجفلى بأن يقول ياأيها الناس أجيبوا الى الوليمة أو يقول الرسول : أمرت أن أدعو كل من لقيت أو من شئت لم تجب الاجابه ولم تستحب لانه لم يعين بالدعوة فلم تتعين عليه الاجابة ولأنه غير منصوص عليه ولا يحصل كسر قلب الداعي بترك اجابته ، وتجوز الاجابة بهذا لدخوله فى عموم الدعاء

( فصـــل )

واذا صنعت الوليمة أكثر من يوم جاز ، فقد روى الخلال باسناده عن أبي ، انه أعرس ودعى الانصار ثمانية أيام ، واذا دعى فى اليوم الاول وجبت الاجابة وفى اليوم الثاني تستحب الاجابة وفى اليوم الثالث لاتستحب . قال أحمد : الاول يجب والثاني ان أحب والثالث فلا ، وهكذا مذهب الشـــافعي . وقد روى عن النبي ( ص ) انه قال « الوليمة أول يوم حق والثاني معروف والثالث رياء وسمعة » رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما وقاله سعيد بن المسيب أيضا ، ودعى سعيد الى وليمة مرتين فأجاب فدعى الثالثة فحصب الرسول . رواه أبو داود والخلال .

( فصل ) والدعاء الى الوليمة اذن فى الدخول والاكل بدليل ما روى أبو هريرة عن النبي ( ص ) أنه قال « اذا دعى أحدكم فجاء مع الرسول فذلك اذن له » رواه أبو داود ، وقال عبد الله بن مسعود « اذا دعيت فقد أذن لك » رواه الامام أحمد باسناده .

(فصل) فان دعاه ذمى فقال أصحابنا لا تجب اجابته لان الاجابة للمسلم للاكرام والموالاة وتأكيد المودة والاخاء فلا تجب على المسلم للذمى ولأنه لا يأمن اختلاط طعامهم بالحرام والنجاسة ولكن تجوز اجابتهم لما روى انس « ان يهوديا دعا النبي ( ص ) الى خبز شعير واهالة سنخة فأجابه » ذكره الامام احمد فى الزهد

( فصل ) فان دعاه رجلان ولم يمكن الجمع بينهما وسبق احدهما اجاب السابق لان اجابته وجبت حين دعاه فلم يزل الوجوب بدعاء الثاني ولم تجب اجابة الثاني لانها غير ممكنة مع اجابة الاول ، فان استويا اجاب اقربهما منه بابا لما روى ابو داود باسناده عن النبي صلى الله عليه انه قال « اذا اجتمع داعيان فأجب

أقربهما بابا فإن أقربهما بابا أقربهما جواراً فإن سبق أحدهما فأجب الذى سبق » وروى البخارى بإسناده عن عائشة قالت « قلت يا رسول الله إن لى جارين فإلى أيهما أهدى ؟ قال : أقربهما منك بابا » ولأن هذا من أبواب البر فقدم بهذه المعانى فإن استويا أجاب أقربهما رحما لما فيه من صلة الرحم فإن استويا أجاب أدينهما فإن استويا أقرع بينهما لأن القرعة تعين المستحق عند استواء الحقوق .

« مسألة » قال ( فإن لم يحب أن يطعم دعا وانصرف )

وجملة ذلك أن الواجب الإجابة إلى الدعوة لأنها الذى أمر به وتوعد على تركه : أما الأكل فغير واجب صائماً كان أو مفطراً ، نص عليه أحمد لكن إن كان المدعو صائماً صوما واجبا أجاب ولم يفطر لأن الفطر غير جائز فإن الصوم واجب والأكل غير واجب ، وقد روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا دعى أحدكم فليجب ، فإن كان صائماً فليدع ، وإن كان مفطراً فليطعم » رواه أبو داود وفى رواية « فليصل » يعنى يدعو ، ودعى ابن عمر إلى وليمة فحضر ومد يده وقال « بسم الله ثم قبض يده وقال . كلوا فإنى صائم » وإن كان صوما تطوعا استحب له الأكل لأن له الخروج من الصوم فإذا كان فى الأكل إجابة أخيه المسلم وإدخال السرور على قلبه كان أولى وقد روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان فى دعوة ومعه جماعة فاعتزل رجل من القوم ناحية فقال إنى صائم فقال النبى صلى الله عليه وسلم : دعاكم أخوكم وتكلف لكم : كل ثم صم يوما مكانه إن شئت » وإن أحب إتمام الصيام جاز ؛ لما روينا من الخبر المتقدم ولكن يدعو لهم ويبارك ويخبرهم بصيامه ليعلموا عذره فتزول عنه التهمة فى ترك الأكل وقد روى أبو حفص بإسناده عن عثمان بن عفان رضى الله عنه « أنه أجاب عبد المغيرة وهو صائم فقال إنى صائم ولكننى أحببت أن أجيب الداعى فأدعو بالبركة » وعن عبد الله قال « إذا عرض على أحدكم الطعام وهو صائم فليقل إنى صائم » وإن كان مفطراً فالأولى له الأكل لأنه أبلغ فى إكرام الداعى وجبر قلبه ولا يجب عليه ذلك . وقال أصحاب الشافعى فيه وجه آخر : أنه يلزمه الأكل لقول النبى (ص) « وإن كان مفطراً فليطعم » ولأن المقصود منه الأكل فكان واجبا .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا دعى أحدكم فليجب فإن شاء أكل وإن شاء ترك » حديث صحيح : ولأنه لو وجب الأكل لوجب على المتطوع بالصوم فلما لم يلزمه الأكل لم يلزمه إذا كان مفطراً ، وقولهم المقصود الأكل قلنا بل المقصود الإجابة ولذلك وجبت على الصائم الذى لا يأكل

## فصل

اذا دعى إلى وليمة فيها معصية كالخمر والزمر والعود ونحوه وأمكنه الإنكار وازالة المنكر لزمه الحضور والإنكار ، لأنه يؤدى فرضين ، اجابة أخيه المسلم ، وازالة المنكر ، وإن لم يقدر على الإنكار لم يحضر ، وان لم يعلم بالمنكر حتى حضر أزاله ، فإن لم يقدر انصرف ونحو هذا قال الشافعى ، وقال مالك : أما اللهو الخفيف كالدف والكبر فلا يرجع وقاله ابن القاسم ، وقال أصبغ : أرى أن يرجع . وقال أبو حنيفة : اذا وجد اللعب فلا بأس أن يقعد فيأكل ، وقال محمد بن الحسن : ان كان ممن يقتدى به فأحب الى أن يخرج ، وقال الليث . اذا كان فيها الضرب بالعود فلا ينبغى له أن يشهدها ، والأصل فى هذا ما روى سفينة : أن رجلا أضافه على فصنع له طعاما فقالت فاطمة : لو دعونا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكل معنا ؟ فدعوه فجاء فوضع يده على عضادتى الباب ، فرأى قراما فى ناحية البيت فرجع ، فقالت فاطمة لعلى : الحقه فقل له : ما أرجعك يا رسول الله ؟ فقال : انه ليس لى أن أدخل بيتا مزوقا ، حديث حسن .

وروى أبو حفص باسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر ، وعن نافع قال « كنت أسير مع عبد الله بن عمر ، فسمع زمارة راع فوضع أصبعيه فى أذنيه ثم عدل عن الطريق ، فلم يزل يقول : يا نافع ، أتسمع ؟ حتى قلت : لا ، فأخرج أصبعيه من أذنيه ، ثم رجع الى الطريق ثم قال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صنع » رواه أبو داود والخلال ، ولأنه يشاهد المنكر ويسمعه من غير حاجة الى ذلك فمنع منه كما لو قدر على إزالته ، ويفارق من له جار مقيم على المنكر والزمر حيث يباح له المقام ، فان تلك حال حاجة لما فى الخروج من المنزل من الضرر .

( فصل ) فان رأى نقوشا وصور شجر ونحوها فلا بأس بذلك ، لأن تلك نقوش فهي كالعلم في الثوب ، وان كانت فيه صور حيوان في موضع يوطأ أو يتكأ عليها كالتي في البسط والوسائد جاز أيضا . وان كانت على الستور والحيطان وما لا يوطأ وأمكنه حطها أو قطع رءوسها فعل وجلس ، وان لم يمكن ذلك انصرف ولم يجلس وعلى هذا أكثر أهل العلم ، قال ابن عبد البر : هذا أعدل المذاهب وحكاه عن سعد بن أبي وقاص وسالم وعروة وابن سيرين وعطاء وعكرمة ابن خالد وعكرمة مولى ابن عباس وسعيد بن جبير ، وهو مذهب الشافعي ، وكان أبو هريرة يكره التصاوير ما نصب منها وما بسط ، وكذلك مالك ، الا أنه كان يكرهها تنزها ولا يراها محرمة ، ولعلهم يذهبون الى عموم قول النبي صلى الله عليه وسلم « ان الملائكة لا تدخل بيتا فيه صورة » متفق عليه .

وروى عن ابن مسعود « أنه دعي الى طعام ؛ فلما قيل له أن في البيت صورة ، أبى أن يذهب حتى كسرت » .

ولنا ما روت عائشة قالت « قدم النبي صلى الله عليه وسلم من سفر وقد سترت على سهوة بنمط فيه تصاوير ، فلما رآه قال : أتسترين الجدر بستر فيه تصاوير ؟ فهتكه ، قالت : فجعلت منه منتبذتين كأني أنظر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم متكئا على احداهما » رواه ابن عبد البر ، ولأنها اذا كانت تداس وتبتذل لم تكن معززة ولا معظمة فلا تشبه الاصنام التي تعبد وتتخذ آلهة فلا تكرم ، وما رويناه أخص مما رووه ، وقد روى عن أبي طلحة أنه قيل له « ألم يقل النبي صلى الله عليه وسلم : لا تدخل الملائكة بيتا فيه صورة ولا كلب ؟ قال : ألم تسمعه قال : الا رقما في ثوب ؟ » متفق عليه ، وهو محمول على ما ذكرناه من أن المباح ما كان مبسوطا والمكروه منه ما كان معلقا بدليل حديث عائشة .

( فصل ) فان قطع رأس الصورة ذهبت الكراهة قال ابن عباس « الصورة الرأس . فاذا قطع الرأس فليس بصورة » وحكى ذلك عن عكرمة ، وقد روى عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أتاني جبريل فقال : أتيتك البارحة فلم يمنعني أن أكون دخلت إلا أنه كان على الباب تماثيل ، وكان في البيت ستر فيه تماثيل وكان في البيت كلب فمر برأس التمثال الذي على الباب

فيقطع فيصير كهيئة الشجر ومر بالستر فلتقطع منه وسادتان منبوذتان توطآن ومر بالكلب فليخرج ، ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وان قطع منه ما لا يبقى الحيوان بعد ذهابه كصدره أو بطنه أو جعل له رأس منفصل عن بدنه لم يدخل تحت النهي لأن الصورة لا تبقى بعد ذهابه فهو كقطع الرأس ، وان كان الذاهب يبقى الحيوان بعده كالعين واليد والرجل ، فهو صورة داخلة تحت النهي ، وكذلك اذا كان في ابتداء التصوير صورة بدن بلا رأس أو رأس بلا بدن أو جعل له رأس وسائر بدنه صورة غير حيوان لم يدخل في النهي ، لأن ذلك ليس بصورة حيوان .

( فصل ) وصنعة التصاوير محرمة على فاعلها ، لما روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الذين يصنعون هذه الصورة يعذبون يوم القيامة ، يقال لهم : أحيوا ما خلقتم » وعن مسروق قال « دخلنا مع عبد الله بيتا فيه تماثيل فقال لتمثال منها : تمثال من هذا ؟ قالوا . تمثال مريم ، قال عبدالله : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان أشد الناس عذابا يوم القيامة المصورون » متفق عليهما ، والامر بعمله محرم كعمله .

## فصل

فأما دخول منزل فيه صورة فليس بمحرم ، وانما أبيح ترك الدعوة من أجله عقوبة للداعي باسقاط حرمته لايجاده المنكر في داره ولا يجب على من رآه في منزل الداعي الخروج في ظاهر كلام أحمد ، فانه قال في رواية الفضل : اذا رأى صورا على الستر لم يكن رآها حين دخل ؟ قال : هو أسهل من أن يكون على الجدار ؛ قيل : فان لم يره الا عند وضع الخوان بين أيديهم أيخرج ؟ فقال : لا تضيق علينا ؛ ولكن اذا رأى هذا وبخهم ونهاهم يعني لا يخرج . وهذا مذهب مالك ، فانه كان يكرهها تنزها ولا يراها محرمة ، وقال أكثر أصحاب الشافعي : اذا كانت الصور على الستور أو ما ليس بموطوء لم يجز له الدخول ، لأن الملائكة لا تدخله ؛ ولأنه لو لم يكن محرما لما جاز ترك الدعوة الواجبة من أجله .

ولنا ما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة فرأى فيها صورة ابراهيم واسماعيل يستقسمان بالازلام فقال : قاتلهم الله ؛ لقد علموا أنهما ما استقسما

بها قط ، رواه أبو داود . وما ذكرنا من خبر عبد الله أنه دخل بيتا فيه تماثيل وفي شروط عمر رضي الله عنه على أهل الذمة « أن يوسعوا أبواب كنائسهم وبيعهم ليدخلها المسلمون للمبيت بها والمارة بدوابهم » وروى ابن عائذ في فتوح الشام « أن النصارى صنعوا لعمر رضي الله عنه حين قدم الشام طعاما فدعوه فقال : أين هو ؟ قالوا : في الكنيسة ، فأبى أن يذهب ، وقال لعلي : امض بالناس فليتغدوا فذهب علي رضي الله عنه بالناس ، فدخل الكنيسة وتغدى هو والمسلمون وجعل علي ينظر الى الصور وقال : ما على أمير المؤمنين لو دخل فأكل ؟ » وهذا اتفاق منهم على اباحة دخولها وفيها الصورة ، ولأن دخول الكنائس والبيع غير محرم ، فكذلك المنازل التي فيها الصور : وكون الملائكة لا تدخله لا يوجب تحريم دخوله علينا ؛ كما لو كان فيه كلب ، ولا يحرم علينا صحبة رفقة فيها جرس ، مع أن الملائكة لا تصحبهم وانما أبيح ترك الدعوة من أجله عقوبة لفاعله وزجرا له عن فعله ، والله أعلم .

## فصل

فأما ستر الحيطان بستور غير مصورة ؛ فان كان لحاجة من وقاية حر أو برد فلا بأس به ، لانه يستعمله في حاجته فأشبه الستر على الباب وما يلبسه على بدنه ، وان كان لغير حاجة فهو مكروه وعذر في الرجوع عن الدعوة وترك الاجابة بدليل ما روى سالم بن عبد الله بن عمر قال « أعرست في عهد أبي فآذن أبي الناس فكان أبو أيوب فيمن آذن وقد ستروا بيتي بخباء أخضر فأقبل أبو أيوب مسرعاً فاطلع فرأى البيت مستترا بخباء أخضر فقال : يا عبد الله أتسترون الجدر ؟ فقال أبي — واستحيا — : غلبتنا النساء يا أبا أيوب ، فقال : من خشيت أن يغلبنه فلم أخش أن يغلبنك ثم قال . لا أطعم لكم طعاما ولا أدخل لكم بيتا ثم خرج » رواه الاثرم .

وروى عن عبد الله بن يزيد الخطمي « أنه دعي الى طعام فرأى البيت منجدا فقعد خارجا وبكى ، قيل له : ما يبكيك ؟ قال . ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قد رقع بردة له بقطعة أدم فقال : تطالعت عليكم الدنيا — ثلاثا ثم قال — أنتم اليوم خير أم اذا غدت عليكم قصعة وراحت أخرى ويغدو أحدكم

فى حلة ويروح فى أخرى : وتسترون بيوتكم كما تستر الكعبة ؟ قال عبد الله : أفلا أبكى وقد بكيت حتى رأيتكم تسترون بيوتكم كما تستر الكعبة ؟ »

وقد روى الخلال بإسناده عن ابن عباس وعلى بن الحسين عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه نهى أن تستر الجدر » وروت عائشة « أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمرنا فيما رزقنا أن نستر الجدر »

إذا ثبت هذا فإن ستر الحيطان مكروه غير محرم : وهذا مذهب الشافعى ، إذ لم يثبت فى تحريمه دليل وقد فعله ابن عمر وفعل فى زمن الصحابة رضى الله عنهم، وإنما كره لما فيه من السرف كالزيادة فى الملبوس والمأكول ، وقد قيل : هو محرم للنهى عنه والأول أولى فإن النهى لم يثبت ولو ثبت لحمل على الكراهة لما ذكرناه .

فصـــل

وسئل أحمد عن الستور فيها القرآن ؟ فقال : لا ينبغى أن يكون شيئاً معلقاً فيه القرآن يستهان به ويمسح به ، قيل له : فيقلع ؟ فكره أن يقلع القرآن ، وقال : إذا كان ستر فيه ذكر الله فلا بأس به ، وكره أن يشترى الثوب فيه ذكر الله مما يجلس عليه أو يداس .

( فصل ) قيل لأبى عبد الله : الرجل يكترى البيت فيه تصاوير ترى أن يحكها قال : نعم ، قال المروذى : قلت لأبى عبد الله : دخلت حماما فرأيت صورة أترى أن أحك الرأس ؟ قال : نعم . إنما جاز ذلك لأن اتخاذ الصورة منكر فجاز تغييرها كآلة اللهو والصليب والصنم ويتلف منها ما يخرجها عن حد الصورة كالرأس ونحوه لأن ذلك يكفى ، قال أحمد : ولا بأس باللعب مالم تكن صورة لما روى عن عائشة قالت دخل علىّ رسول الله ( ص ) وأنا ألعب باللعب فقال : ما هذا يا عائشة ؟ فقلت هذه خيل سليمان . فجعل يضحك ، رواه مسلم بنحوه .

( فصل ) والدف ليس بمنكر لما ذكرنا من الأحاديث فيه : وأمر النبي صلى الله عليه وسلم به فى النكاح ، وروت عائشة « أن أبا بكر دخل عليها وعندها جاريتان فى أيام منى تدفان وتضربان ، والنبي صلى الله عليه وسلم متغش بثوبه فانتهرهما أبو بكر ، فكشف النبي صلى الله عليه وسلم عن وجهه فقال : دعهما يا أبا بكر فانها أيام عيد » متفق عليه .

( فصل ) واتخاذ آنية الذهب والفضة محرم فإذا رآه المدعو فى منزل الداعى فهو منكر يخرج من أجله، وكذلك ما كان من الفضة مستعملا كالمكحلة ونحوها قال الأثرم : سئل أحمد إذا رأى حلقة مرآة فضة ورأس مكحلة يخرج من ذلك ؟ فقال هذا تأويل تأوله ، وأما الآنية نفسها فليس فيها شك ، وقال مالا يستعمل فهو أسهل مثل الضبة فى السكين والقدح وذلك لأن رؤية المنكر كسماعه فكما لا يجلس فى موضع يسمع فيه صوت الزمر لا يجلس فى موضع يرى فيه من يشرب الخمر وغيره من المنكر :

( فصـــل ) وإن علم أن عند أهل الوليمة منكراً لا يراه ولا يسمعه لكونه بمعزل عن موضع الطعام أو يخفونه وقت حضوره فله أن يحضر ويأكل ، نص عليه أحمد ، وله الامتناع من الحضور فى ظاهر كلامه فإنه سئل عن الرجل يدعى الى الختان أو العرس وعنده المخنثون فيدعوه بعد ذلك بيوم أو ساعة وليس عنده أولئك ؟ قال أرجو أن لا يأثم إن لم يجب وان أجاب فارجو أن لا يكون آثما فاسقط الوجوب لإسقاط الداعى حرمة نفسه باتخاذ المنكر ، ولم يمنع الإجابة لكون المجيب لا يرى منكراً ولا يسمعه .

وقال أحمد : إنما تجب الاجابة إذا كان المكسب طيباً ولم ير منكراً ، فعلى قوله هذا : لا تجب ، إجابة من طعامه من كسب خبيث لأن اتخاذه منكر والاكل منه منكر ، فهو أولى بالامتناع وان حضر لم يسغ له الاكل منه .

( مسألة ، قال ( ودعوة الختان لا يعرفها المتقدمون ولا على من دعى اليها أن يجيب ، وإنما وردت السنة فى إجابة من دعى الى وليمة تزويج )

يعنى بالمتقدمين أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين يقتدى بهم ، وذلك لما روى « أن عثمان بن أبى العاص دعى الى ختان فأبى أن يجيب فقيل له فقال إنا كنا لا نأتى الختان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا ندعى اليه » رواه الإمام أحمد بإسناده .

اذا ثبت هذا فحكم الدعوة للختان وسائر الدعوات غير الوليمة أنها مستحبة لما فيها من اطعام الطعام ، والاجابة اليها مستحبة غير واجبة ، وهذا قول مالك

والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه ؛ وقال العنبري تجب اجابة كل دعوة لعموم الامر به فإن ابن عمر روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اذا دعا أحدكم أخاه فليجبه عرساً كان أو غير عرس » أخرجه أبو داود .

ولنا أن الصحيح من السنة انما ورد في اجابة الداعي الى الوليمة ، وهي الطعام في العرس خاصة ، كذلك قال الخليل وثعلب وغيرهما من أهل اللغة ، وقد صرح بذلك في بعض روايات ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « اذا دعي أحدكم الى وليمة عرس فليجب » رواه ابن ماجه .

وقال عثمان بن أبي العاص « كنا لا نأتي الختان على عهد رسول الله (ص) ولا ندعى اليه » ولأن التزويج يستحب اعلانه وكثرة الجمع فيه والتصويت والضرب بالدف بخلاف غيره ، فأما الامر بالاجابة الى غيره فمحمول على الاستحباب بدليل أنه لم يخص به دعوة ذات سبب دون غيرها ، واجابة كل داع مستحبة لهذا الخبر ولأن فيه جبر قلب الداعي وتطييب قلبه ، وقد دعي أحمد الى ختان فأجاب وأكل فأما الدعوة في حق فاعلها فليست لها فضيلة تختص بها لعدم ورود الشرع بها ، ولكن هي بمنزلة الدعوة لغير سبب حادث ، فإذا قصد فاعلها شكر نعمة الله عليه واطعام اخوانه وبذل طعامه فله أجر ذلك ان شاء الله تعالى .

« مسألة » قال ( والنثار مكروه لأنه شبه النهبة ، وقد يأخذه من غيره أحب الى صاحب النثار منه )

اختلفت الرواية عن أحمد في النثار والتقاطه ، فروى أن ذلك مكروه في العرس وغيره ، وروى ذلك عن أبي مسعود البدري وعكرمة وابن سيرين وعطاء وعبدالله بن زيد الخطمي وطلحة وزبيد اليامي ، وبه قال مالك والشافعي ، وروى عن أحمد رواية ثانية : ليس بمكروه اختارها أبو بكر ، وهو قول الحسن وقتادة والنخعي وأبي حنيفة وأبي عبيد وابن المنذر لما روى عبد الله بن قرط قال « قرب الى رسول الله (ص) خمس بدنات أو ست ، فطفقن يزدلفن اليه بأيتهن يبدأ فنحرها رسول الله (ص) ، وقال كلمة لم أسمعها ، فسألت من قرب منه فقال : قال من شاء اقتطع » رواه أبو داود ، وهذا جار مجرى النثار .

وقد روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم دعى إلى وليمة رجل من الأنصار ثم أتوا بنهب فانهب عليه ، قال الراوى : نظرت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يزاحم الناس أو نحو ذلك ، قلت : يارسول الله أو مانهيتنا عن النهبة ؟ قال : نهيتكم عن نهبة العساكر » ولأنه نوع إباحة ؛ فأشبه إباحة الطعام للضيفان .

ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تحل النهبى والمثلة » رواه البخارى ، وفى لفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن النهبى والمثلة » ولان فيه نهبا وتزاحما وقتالا وربما أخذه من يكره صاحب النثار لحرصه وشرهه ودناءة نفسه ويحرمه من يحب صاحبه لمروءته وصيانة نفسه وعرضه والغالب هذا فإن أهل المروآت يصونون أنفسهم عن مزاحمة سفلة الناس على شيء من الطعام أو غيره ، ولان فى هذا دناءة والله يحب معالى الامور ويكره سفسافها ، فأما خبر البدنات فيحتمل أن النبى (ص) علم أنه لا نهبة فى ذلك لكثرة اللحم وقلة الآخذين أو فعل ذلك لاشتغاله بالمناسك عن تفريقها .

وفى الجملة : فالخلاف إنما هو فى كراهية ذلك ، وأما اباحته فلا خلاف فيها ولا فى الالتقاط لانه نوع اباحة لماله ، فأشبه سائر الاباحات .

« مسألة » قال ( فإن قسم على الحاضرين فلا بأس بأخذه )

كذا روى عن أبى عبد الله رحمه الله : أن بعض أولاده حذق فقسم على الصبيان الجوز ، أما اذا قسم على الحاضرين ما ينثر مثل اللوز والسكر وغيره فلا خلاف أن ذلك حسن غير مكروه .

وقد روى عن أبى هريرة قال « قسم النبى (ص) يوما بين أصحابه تمراً . فأعطى كل انسان سبع تمرات فأعطانى سبع تمرات احداهن حشفة لم تكن تمرة أعجب الى منها شدت الى ماضغى » رواه البخارى ، وكذلك ان وضعه بين أيديهم وأذن لهم فى أخذه على وجه لا يقع تناهب فلا يكره أيضا .

قال المروذى سألت أبا عبد الله عن الجوز ينثر ؟ فكرهه ، وقال : يعطون يقسم عليهم ، وقال محمد بن على بن بحر سمعت حسن أم ولد أحمد بن حنبل تقول : لما حذق ابنى حسن قال لى مولاى : حسن ، لا تنثروا عليه فاشترى تمراً وجوزاً

فأرسله الى المعلم قالت وعملت أنا عصيدة وأطعمت الفقراء فقال : أحسنت أحسنت وفرق أبو عبد الله على الصبيان الجوز لكل واحد خمسة خمسة .

( فصل ) ومن حصل فى حجره شىء من النثار فهو له غير مكروه لأنه مباح حصل فى حجره فملكه كما لو وثبت سمكة من البحر فوقعت فى حجره ، وليس لاحد أن يأخذه من حجره لما ذكرناه .

( فصل ) ولا بأس أن يخلط المسافرون أزوادهم ويأكلون جميعا ، وان أكل بعضهم أكثر من بعض فلا بأس ، وقد كان السلف يتناهدون فى الغزو والحج ، ويفارق النثار فإنه يؤخذ بنهب وتسالب وتجاذب بخلاف هذا

## ( فصل فى آداب الطعام )

يستحب غسل اليدين قبل الطعام وبعده وان كان على وضوء ، قال المروذى رأيت ابا عبد الله يغسل يديه قبل الطعام وبعده ، وان كان على وضوء ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « من احب ان يكثر خير بيته فليتوضأ اذا حضر غداؤه واذا رفع » رواه ابن ماجه .

وروى ابو بكر باسناده عن الحسن بن على ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « الوضوء قبل الطعام ينفى الفقر وبعده ينفى اللمم » يعنى به غسيل اليدين ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم « من نام وفى يده ريح غمر واصابه شىء فلا يلومن الا نفسه » رواه ابو داود ، ولا بأس بترك الوضوء لما روى ابو هريرة « ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج من الغائط ، فأتى بطعام فقال رجل يارسول الله ألا آتيك بوضوء ؟ قال : لا اريد الصلاة » رواه ابن ماجه .

وعن جابر قال « اقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم من شعب الجبل وقد قضى حاجته وبين ايدينا تمر على ترس او جحفة ، فدعوناه فأكل معنا وما مس ماء » رواه ابو داود .

وروى عنه « انه كان يحتز من كتف شاة فى يده فدعى الى الصلاة فألقاها من يده ثم قام فصلى ولم يتوضأ » رواه البخارى ولا بأس بتقطيع اللحم بالسكين لهذا الحديث ، وقال مهنا سألت أحمد عن حديث يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم

« لا تقطعوا اللحم بالسكين فإنه من صنع الأعاجم وانهشوه نهشا فإنه أهنأ وأمرأ » قال : ليس بصحيح واحتج بهذا الحديث الذي ذكرناه

( فصل ) وتستحب التسمية عند الأكل وأن يأكل بيمينه مما يليه ، لما روى عمر بن أبي سلمة قال « كنت يتيما في حجر رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانت يدي تطيش في الصحفة ، فقال لي النبي صلى الله عليه وسلم . يا غلام سم الله وكل بيمينك وكل مما يليك » متفق عليه

وعن ابن عمر عن النبي ( ص ) قال « إذا أكل أحدكم فليأكل بيمينه فإن الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله » رواه مسلم . وعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا أكل أحدكم فليذكر اسم الله ، فإن نسي ان يذكر اسم الله في أوله فليقل بسم الله أوله وآخره » و« كان رسول الله صلى الله عليه وسلم جالسا ورجل يأكل فلم يسم حتى لم يبق من طعامه إلا لقمة ، فلما رفعها الى فيه قال بسم الله أوله وآخره ، فضحك النبي صلى الله عليه وسلم وقال . مازال الشيطان يأكل معه فلما ذكر الله قاء ما في بطنه » رواهن أبو داود

وعن عكراش بن ذؤيب قال « أتى النبي صلى الله عليه وسلم بجفنة كثيرة الثريد والودك ، فأقبلنا نأكل فخبطت يدي في نواحيها فقال : يا عكراش كل من موضع واحد فإنه طعام واحد ، ثم أتينا بطبق فيه ألوان الرطب فجالت يد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الطبق وقال : يا عكراش كل من حيث شئت فإنه غير لون واحد » رواه ابن ماجه . ولا يأكل من ذروة الثريد ، لما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « إذا أكل أحدكم طعاماً فلا يأكل من أعلى الصحفة ولكن ليأكل من أسفلها ، فان البركة تنزل من أعلاها » وفي الحديث « كلوا من جوانبها ودعوا ذروتها يبارك فيها » رواهما ابن ماجه

( فصل ) ويستحب الأكل بالأصابع الثلاث ولا يمسح يده حتى يلعقها . قال مثنى : سألت أبا عبد الله عن الاكل بالأصابع كلها ؟ فذهب إلى ثلاث أصابع فذكرت له الحديث الذي يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه كان يأكل بكفه كلها » فلم يصححه ولم ير إلا ثلاث أصابع .

وقد روى كعب بن مالك قال « كان رسول الله ( ص ) يأكل بثلاث أصابع ولا يمسح يده حتى يلعقها » رواه الخلال باسناده . ويكره الأكل متكئا لما روى أبو جحيفة ان رسول الله (ص ) قال « لا آكل متكئا » رواه البخاري ، ولا يمسح يده بالمنديل حتى يلعقها لما روينا ، ولما روى عن ابن عباس عن النبي (ص) قال « إذا أكل أحدكم طعاما فلا يمسح يده حتى يلعقها أو يُلعقها » رواه ابو داود وعن نُبيشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أكل في قصعة فلحسها استغفرت له القصعة » رواه الترمذي . وعن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا وقعت اللقمة من يد أحدكم فليمسح ما عليها من الأرض وليأكلها » رواه ابن ماجه

( فصــــل )

ويحمد الله إذا فرغ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان الله ليرضى من العبد أن يأكل الأكلة أو يشرب الشربة فيحمده عليها » رواه مسـلم . وعن ابي سعيد قال « كان النبي ( ص ) إذا أكل طعاما قال : الحمد لله الذي أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين » رواه ابو داود . وعن ابي أمامة عن النبي (ص ) أنه كان يقول اذا رفع طعامه : الحمد لله كثيراً مباركا فيه غير مكفي ولا مودع ولا مستغنى عنه ربنا » . وعن معاذ بن أنس الجهني عن رسول الله (ص ) قال « من أكل طعاما فقال : الحمد لله الذي أطعمني هذا ورزقنيه من غير حول مني ولا قوة غفر له ما تقدم من ذنبه » رواهن ابن ماجه

وروى أن النبي ( ص ) أكل طعاما هو وأبو بكر وعمر ثم قال « من قال في أوله بسم الله وبركة الله وفي آخره الحمد لله الذي أطعم وأروى وأنعم وأفضل فقد أدى شكره » ويستحب الدعاء لصاحب الطعام لما روى جابر بن عبد الله قال « صنع أبو الهيثم للنبي (ص ) وأصحابه طعاما ، فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فلما فرغ قال : أثيبوا صاحبكم . قالوا يا رسول الله وما إثابته ؟ قال ان الرجل اذا دخل بيته وأكل طعامه وشرب شرابه فدعوا له فذلك إثابته »

وعن أنس ان النبي صلى الله عليه وسلم جاء الى سعد بن عبادة قال : فجاء بخبز

وزيت فأكل ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم « أفطر عندك الصائمون وأكل طعامكم الأبرار وصلت عليكم الملائكة » رواهما أبو داود .

( فصل ) ولا بأس بالجمع بين طعامين فإن عبد الله بن جعفر قال . رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يأكل القثاء بالرطب . ويكره عيب الطعام لقول أبي هريرة « ما عاب رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاماً قط إذا اشتهى شيئاً أكله ، وإن لم يشتهه تركه » متفق عليهما ، وإذا حضر فصادف قوما يأكلون فدعوه لم يكره له الأكل لما قدمنا من حديث جابر حين دعوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكل معهم ، ولا يجوز أن يتحين وقت أكلهم فيهجم عليهم ليطعم معهم لقول الله تعالى ( يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم إلى طعام غير ناظرين إناه ) أي غير منتظرين بلوغ نضجه .

وعن أنس قال « ما أكل رسول الله صلى الله عليه على خوان ولا في سكرجة قال فعلام كنتم تأكلون ؟ قال على السفر » وقال ابن عباس : لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم ينفخ في طعام ولا شراب ولا يتنفس في الاناء ، وفي المتفق عليه من حديث أبي قتادة « ولا يتنفس أحدكم في الاناء » .

وعن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا وضعت المائدة فلا يقوم رجل حتى ترفع المائدة ولا يرفع يده . وإن شبع حتى يفرغ القوم وليعذر فإن الرجل يخجل جليسه فيقبض وعسى أن يكون له في الطعام حاجة » رواهن كلهن ابن ماجه .

## ( فصل )

قال محمد بن يحيى قلت لأبي عبد الله الاناء يؤكل فيه ثم تغسل فيه اليد ؟ قال لا بأس . وقيل لأبي عبد الله ما تقول في غسل اليد بالنخالة ؟ فقال لا بأس به نحن نفعله واستدل الخطابي على جواز ذلك بما روى أبو داود بإسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أمر امرأة أن تجعل مع الماء ملحا ثم تغسل به الدم من حيضة ، والملح طعام ففي معناه ما أشبهه والله أعلم .

# كتاب عشرة النساء والخلع

قال الله تعالى ( وعاشروهن بالمعروف ) وقال تعالى ( ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ) وقال أبو زيد يتقون الله فيهن كما عليهن أن يتقين الله فيهم . وقال ابن عباس إني لأحب أن أتزين للمرأة كما أحب أن تزين لي لأن الله تعالى يقول ( ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ) .

وقال الضحاك في تفسيرها إذا أطعن الله وأطعن أزواجهن فعليه أن يحسن صحبتها ويكف عنها أذاه وينفق عليها من سعته ، وقال بعض أهل العلم التماثل ههنا في تأدية كل واحد منهما ما عليه من الحق لصاحبه بالمعروف ولا يمطله به ولا يظهر الكراهة بل ببشر وطلاقة ولا يتبعه أذى ولا منة لقول الله تعالى ( وعاشروهن بالمعروف ) وهذا من المعروف ، ويستحب لكل واحد منهما تحسين الخلق مع صاحبه والرفق به واحتمال أذاه لقول الله تعالى ( وبالوالدين إحسانا وبذي القربى ) إلى قوله ( والصاحب بالجنب ) قيل هو كل واحد من الزوجين ؛ وقال النبي صلى الله عليه وسلم « استوصوا بالنساء خيراً فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله » رواه مسلم .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ان المرأة خلقت من ضلع أعوج لن تستقيم على طريقة فان ذهبت تقيمها كسرتها وإن استمتعت بها استمتعت بها وفيها عوج » متفق عليه : وقال خياركم خياركم لنسائهم رواه ابن ماجه ، وحق الزوج عليها أعظم من حقها عليه لقول الله تعالى ( وللرجال عليهن درجة ) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لازواجهن لما جعل الله لهم عليهن من الحق » رواه أبو داود ؛ وقال « إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع » متفق عليه .

وقال لامرأة « أذات زوج أنت ؟ » قالت نعم قال « فانه جنتك ونارك » وقال « لا يحل لامرأة أن تصوم وزوجها شاهد الا باذنه ولا تأذن في بيته إلا باذنه وما أنفقت من نفقة من غير اذنه فانه يرد اليه شطره » رواه البخاري .

( فصل ) إذا تزوج امرأة مثلها يوطأ فطلب تسليمها اليه وجب ذلك ، وان عرضت نفسها عليه لزمه تسلمها ووجبت نفقتها وان طلبها فسألت الإنظار أنظرت مدة جرت العادة أن تصلح أمرها فيها كاليومين والثلاثة ، لأن ذلك يسير جرت العادة بمثله : وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تطرقوا النساء ليلا حتى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة » فنع من الطروق وأمر بإمهالها لتصلح أمرها مع تقدم صحبته لها فهنا أولى .

ثم ان كانت حرة وجب تسليمها ليلا ونهاراً وله السفر بها ، لأن النبي (ص) كان يسافر بنسائه الا أن يكون سفراً مخوفاً فلا يلزمها ذلك ، وان كانت أمة لم يلزم تسليمها الا بالليل لأنها مملوكة عقد على احدى منفعتها فلم يلزم تسليمها في غير وقتها كما لو أجرها لخدمة النهار لم يلزم تسليمها بالليل ، ويجوز للمولى بيعها لأن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لعائشة في شراء بريرة وهي ذات زوج ولا ينفسخ النكاح بذلك بدليل أن بيع بريرة لم يبطل نكاحها .

(فصل) وللزوج اجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس مسلمة كانت أو ذمية حرة كانت أو مملوكة لأنه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له فملك اجبارها على ازالة ما يمنع حقه ، وان احتاجت الى شراء الماء فثمنه عليه لأنه لحقه ، وله اجبار المسلمة البالغة على الغسل من الجنابة ، لان الصلاة واجبة عليها ولا تتمكن منها الا بالغسل فأما الذمية ففيها روايتان .

احداهما : له اجبارها عليه ، لان كمال الاستمتاع يقف عليه فإن النفس تعاف من لا يغتسل من جنابة .

والثانية : ليس له اجبارها عليه ، وهو قول مالك والثوري لان الوطء لا يقف عليه فإنه مباح بدونه ، وللشافعي قولان كالروايتين ، وفي ازالة الوسخ والدرن وتقليم الاظفار وجهان بناء على الروايتين في غسل الجنابة ، وتستوي في هذه المسلمة والذمية لاستوائهما في حصول النفرة ممن ذلك حاله وله اجبارها على ازالة شعر العانة اذا خرج عن العادة رواية واحدة ، ذكره القاضي ، وكذلك الاظفار وان طالا قليلا بحيث تعافه النفس ففيه وجهان ، وهل له منعها من أكل ماله رائحة كريهة كالبصل والثوم والكراث؟ على وجهين .

أحدهما: له منعها من ذلك لأنه يمنع القبلة وكمال الاستمتاع

والثاني: ليس له منعها منه لأنه لا يمنع الوطء، وله منعها من السكر؛ وإن كانت ذمية، لأنه يمنع الاستمتاع بها، فانه يزيل عقلها ويجعلها كالزق المنفوخ؛ ولا يأمن ان تجني عليه، وان ارادت شرب ما لا يسكرها فله منع المسلمة، لأنهما يعتقدان تحريمه، وان كانت ذمية لم يكن له منعها منه، نص عليه احمد لانها تعتقد إباحته في دينها وله إجبارها على غسل فمها منه ومن سائر النجاسات ليتمكن من الاستمتاع بفيها ويتخرج ان يملك منعها منه لما فيه من الرائحة الكريهة وهو كالثوم وهكذا الحكم لو تزوج مسلمة تعتقد إباحة يسير النبيذ هل له منعها منه؟ على وجهين ومذهب الشافعي على نحو من هذا الفصل كله

﴿ فصل ﴾

وللزوج منعها من الخروج من منزله الى ما لها منه بد، سواء أرادت زيارة والديها أو عيادتهما أو حضور جنازة أحدهما، قال أحمد في امرأة لها زوج وأم مريضة: طاعة زوجها أوجب عليها من أمها الا أن يأذن لها. وقد روى ابن بطة في أحكام النساء عن أنس ان رجلا سافر ومنع زوجته الخروج، فمرض أبوها فاستأذنت رسول الله (ص) في عيادة أبيها، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم «اتقي الله ولا تخالفي زوجك» فمات أبوها فاستأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في حضور جنازته؛ فقال لها «اتقي الله ولا تخالفي زوجك» فأوحى الله الى النبي صلى الله عليه وسلم «اني قد غفرت لها بطاعة زوجها» ولان طاعة الزوج واجبة والعيادة غير واجبة، فلا يجوز ترك الواجب لما ليس بواجب، ولا يجوز لها الخروج الا باذنه، ولكن لا ينبغي للزوج منعها من عيادة والديها وزيارتهما، لان في ذلك قطيعة لهما وحملا لزوجته على مخالفته. وقد أمر الله تعالى بالمعاشرة بالمعروف وليس هذا من المعاشرة بالمعروف

وان كانت زوجته ذمية فله منعها من الخروج الى الكنيسة، لأن ذلك ليس بطاعة ولا نفع وان كانت مسلمة فقال القاضي له منعها من الخروج الى المساجد

وهو مذهب الشافعي وظاهر الحديث يمنعه من منعها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تمنعوا إماء الله مساجد الله » وروى أن الزبير تزوج عاتكة بنت زيد بن عمرو ابن نفيل وكانت تخرج الى المساجد وكان غيوراً فيقول لها لو صليت في بيتك فتقول لا أزال أخرج أو تمنعني فكره منعها لهذا الخبر . وقال أحمد في الرجل تكون له المرأة أو الأمة النصرانية يشتري لها زناراً ؟ قال لا ، بل تخرج هي تشتري لنفسها فقيل له جاريته تعمل الزنانير ؟ قال لا .

( فصل ) وليس على المرأة خدمة زوجها من العجن والخبز والطبخ وأشباهه نص عليه أحمد ، وقال أبو بكر بن أبي شيبة وأبو إسحاق الجوزجاني عليها ذلك واحتج بقصة علي وفاطمة ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قضى على ابنته فاطمة بخدمة البيت وعلى علي ما كان خارجا من البيت من عمل، رواه الجوزجاني من طرق قال الجوزجاني : وقد قال النبي ( ص ) « لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها ، ولو أن رجلا أمر امرأته أن تنقل من جبل أسود الى جبل أحمر أو من جبل أحمر إلى جبل أسود كان عليها أن تفعل ، ورواه بإسناده ، قال فهذا طاعته فيما لا منفعة فيه فكيف بمؤنة معاشه . وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يأمر نساءه بخدمته ، فقال « يا عائشة اسقينا يا عائشة أطعمينا يا عائشة هلمي الشفرة واشحذيها بحجر » وقد روى ان فاطمة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو اليه ما تلقى من الرحى وسألته خادما يكفيها ذلك .

ولنا أن المعقود عليه من جهتها الاستمتاع ، فلا يلزمها غيره كسقي دوابه وحصاد زرعه : فأما قسم النبي ( ص ) بين علي وفاطمه فعلى ما تليق به الأخلاق المرضية ، ومجرى العادة لا على سبيل الإيجاب كما قد روى عن أسماء بنت أبي بكر انها كانت تقوم بفرس الزبير وتلتقط له النوى وتحمله على رأسها ولم يكن ذلك واجباً عليها ولهذا لا يجب على الزوج القيام بمصالح خارج البيت ولا الزيادة على ما يجب لها من النفقة والكسوة ، ولكن الأولى لها فعل ماجرت العادة بقيامها به لأنه العادة ولا تصلح الحال إلا به ولا تنتظم المعيشة بدونه .

( فصل ) ولا يحل وطء الزوجة في الدبر في قول أكثر أهل العلم . منهم علي

وعبد الله وأبو الدرداء وابن عباس وعبد الله بن عمرو وابو هريرة ، وبه قال سعيد ابن المسيب وابو بكر بن عبد الرحمن ومجاهد وعكرمة والشافعي واصحاب الرأي وابن المنذر وروزيت إباحته عن ابن عمر وزيد بن اسلم ونافع ومالك ، وروى عن مالك انه قال . ماادركت احداً أقتدى به في ديني يشك في انه حلال واهل العراق من اصحاب مالك ينكرون ذلك ، واحتج من احله بقول الله تعالى ( نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم انى شئتم ) وقوله سبحانه ( والذين هم لفروجهم حافظون ، إلا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم ) .

ولنا ما روى ان رسول الله (ص) قال « ان الله لايستحيي من الحق ، لا تأتوا النساء من اعجازهن » وعن ابي هريرة وابن عباس عن النبي (ص) قال « لا ينظر الله إلى رجل جامع إمرأة في دبرها » رواهما ابن ماجه ، وعن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « محاش النساء حرام عليكم » .

وعن ابي هريرة عن النبي (ص) قال « من اتى حائضاً او امرأة في دبرها أو كاهنا فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد » رواهن كلهن الأثرم ، فاما الآية فروى جابر قال « كان اليهود يقولون اذا جامع الرجل امرأته في فرجها من ورائها جاء الولد احول فأنزل الله ( نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم ) من بين يديها ومن خلفها غير ان لا يأتيها الا في المأتى » متفق عليه ، وفي رواية « ائتها مقبلة ومدبرة اذا كان ذلك في الفرج » والآية الأخرى المراد بها ذلك .

{ فصــــل }

فإن وطيء زوجته في دبرها فلا حد عليه ، لأن له في ذلك شبهة ويعزر لفعله المحرم ، وعليها الغسل لأنه ايلاج فرج في فرج وحكمه حكم الوطء في القبل في افساد العبادات وتقرير المهر ووجوب العدة ، وإن كان الوطء لاجنبية وجب حد اللوطي ولامهر عليه ، لانه لم يفوت منفعة لها عوض في الشرع ، ولايحصل بوطء زوجته في الدبر احصان انما يحصل بالوطء الكامل ، وليس هذا بوطء كامل والاحلال للزوج الأول لأن المرأة لا تذوق به عسيلة الرجل ، ولا تحصل به الفيئة ولا الخروج من العنة لأن الوطء فيهما لحق المرأة ؛ وحقها الوطء في القبل ولا يزول به الاكتفاء بصماتها في الاذن بالنكاح لان بكارة الاصل باقية .

( فصـــل )

ولا بأس بالتلذذ بها بين الاليتين من غير إيلاج لأن السنة إنما وردت بتحريم الدبر فهو مخصوص بذلك ، ولأنه حرم لأجل الأذى وذلك مخصوص بالدبر فاختص التحريم به .

( فصل ) والعزل مكروه ومعناه أن ينزع إذا قرب الإنزال فينزل خارجا من الفرج ، رويت كراهته عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود ، وروى ذلك عن أبي بكر الصديق أيضاً لأن فيه تقليل النسل وقطع اللذة عن الموطوءة ، وقد حث النبي صلى الله عليه وسلم : على تعاطى أسباب الولد فقال « تناكحوا تناسلوا تكثروا – وقال – سوداء ولود خير من حسناء عقيم » إلا أن يكون لحاجة مثل أن يكون في دار الحرب فتدعو حاجته إلى الوطء فيطأ ويعزل ، ذكر الخرقي هذه الصورة أو تكون زوجته أمة فيخشى الرق على ولده أو تكون له أمة فيحتاج إلى وطئها وإلى بيعها .

وقد روى عن علي رضي الله عنه أنه كان يعزل عن إمائه ، فإن عزل من غير حاجة كره ولم يحرم ، ورويت الرخصة فيه عن علي وسعد بن أبي وقاص وأبي أيوب وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس والحسن بن علي وخباب بن الأرت وسعيد ابن المسيب وطاوس وعطاء والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وروى أبو سعيد قال: ذكر ، يعني العزل عند رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « فلم يفعل أحدكم ؟ – ولم يقل فلا يفعل – فإنه ليس من نفس مخلوقة الا الله خالقها » متفق عليه . وعنه أن رجلا قال : يا رسول الله ان لي جارية وأنا أعزل عنها وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجال وأن اليهود تحدث ان العزل الموءودة الصغرى قال « كذبت يهود لو اراد الله ان يخلقه ما استطعت ان تصرفه » رواه أبو داود .

( فصل ) ويجوز العزل عن امته بغير اذنها ، نص عليه احمد وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ، وذلك لانه لا حق لها في الوطء ولا في الولد ولذلك لم تملك المطالبة بالقسم ولا الفيئة فلأن لا تملك المنع من العزل أولى ولا يعزل عن زوجته الحرة الا باذنها ، قال القاضي ظاهر كلام أحمد وجوب استئذان الزوجة في العزل

ويحتمل أن يكون مستحباً لأن حقها فى الوطء دون الإنزال بدليل أنه يخرج به من الفيئة والعنة . وللشافعية فى ذلك وجهان ، والأول أولى لما روى عن عمر رضى الله عنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها » رواه الإمام أحمد فى المسند وابن ماجه . ولأن لها فى الولد حقا وعليها فى العزل ضرر فلم يجز إلا بإذنها فأما زوجته الأمة فيحتمل جواز العزل عنها بغير إذنها وهو قول الشافعى استدلالا بمفهوم هذا الحديث .

وقال ابن عباس تستأذن الحرة ولا تستأذن الأمة ، ولأن عليه ضرراً فى استرقاق ولده بخلاف الحرة ، ويحتمل أن لا يجوز إلا بإذنها لانها زوجة تملك المطالبة بالوطء فى الفيئة والفسخ عند تعذره بالعنة ، وترك العزل من تمامه فلم يجز بغير إذنها كالحرة .

( فصل ) فإن عزل عن زوجته أو أمته ثم أتت بولد لحقه نسبه لما روى أبو داود عن جابر قال جاء رجل من الأنصار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إن لى جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل فقال « اعزل عنها إن شئت فانه سيأتيها ما قدر لها » وقال أبو سعيد كنت أعزل عن جارية لى فولدت أحب الناس إلى ، ولأن لحوق النسب حكم يتعلق بالوطء فلم يعتبر فيه الإنزال كسائر الأحكام ، وقد قيل إن الوطء فى الفرج يحصل به الانزال ولا يحس به .

## ( فصـــــل فى آداب الجماع )

تستحب التسمية قبله لقول الله تعالى ( وقدموا لأنفسكم ) قال عطاء هى التسمية عند الجماع ، وروى ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لو أن أحدكم حين يأتى أهله قال بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان أبدا » متفق عليه . ويكره التجرد عند المجامعة لما روى عتبة بن عبيد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ولا يتجرد تجرد العيرين » رواه ابن ماجه وعن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا دخل الخلاء غطى رأسه واذا أتى أهله غطى رأسه ولا يجامع بحيث يراهما أحد أو يسمع حسهما ولا يقبلها ويباشرها عند الناس ، قال أحمد

ما يعجبني الا أن يكتم هذا كله ، وقال الحسن في الذى يجامع المرأة والأخرى تسمع قال كانوا يكرهون الوجس وهو الصوت الخفي ولا يتحدث بما كان بينه وبين أهله لما روى الحسن قال جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الرجال والنساء فأقبل على الرجال « فقال لعل أحدكم يحدث بما يصنع بأهله اذا خلا » ثم أقبل على النساء فقال « لعل احداكن تحدث النساء بما يصنع بها زوجها » قال فقالت امرأة انهم ليفعلون وانا لنفعل فقال « لا تفعلوا فإنما مثل ذلكم كمثل شيطان لقي شيطانة فجامعها والناس ينظرون » .

وروى أبو داود عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله بمعناه ولا يستقبل القبلة حال الجماع لأن عمرو بن حزم وعطاء كرها ذلك ويكره الاكثار من الكلام حال الجماع لما روى قبيصة بن ذؤيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تكثروا الكلام عند مجامعة النساء فان منه يكون الخرس والفأفاء » ولانه يكره الكلام حالة البول . وحال الجماع في معناه وأولى بذلك منه ويستحب أن يلاعب امرأته قبل الجماع لتنهض شهوتها فتنال من لذة الجماع مثل ما ناله .

وقد روى عن عمر بن عبد العزيز عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تواقعها الا وقد أتاها من الشهوة مثل ما أتاك لكيلا تسبقها بالفراغ - قلت وذلك الي ؟ قال - نعم انك تقبلها وتغمزها وتلمزها فاذا رأيت أنه قد جاءها مثل ما جاءك واقعتها » فإن فرغ قبلها كره له النزع حتى تفرغ لما روى أنس بن مالك قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا جامع الرجل أهله فليصدقها ثم اذا قضى حاجته فلا يعجلها حتى تقضي حاجتها » ولان في ذلك ضرراً عليها ومنعا لها من قضاء شهوتها ، ويستحب للمرأة أن تتخذ خرقة تناولها الزوج بعد فراغه فيتمسح بها فان عائشة قالت ينبغي للمرأة اذا كانت عاقلة أن تتخذ خرقة فاذا جامعها زوجها ناولته فمسح عنه ثم تمسح عنها فيصليان في ثوبهما ذلك ما لم تصبه جنابة ولا بأس أن يجمع بين نسائه وامائه بغسل واحد لما روى عن أنس قال سكبت لرسول الله صلى الله عليه وسلم من نسائه غسلا واحدا في ليلة واحدة فإن حدث الجنابة لا يمنع الوطء بدليل اتمام الجماع ، قال أحمد اذا أراد أن يعود فأعجب

إلى الوضوء فإن لم يفعل فأرجو أن لا يكون به بأس ولأن الوضوء يزيده نشاطا ونظافة فاستحب وان اغتسل بين كل وطئين فهو أفضل فإن أبا رافع روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف على نسائه جميعاً فاغتسل عند كل إمرأة منهن غسلا فقلت يارسول الله لو جعلته غسلا واحداً ؟ قال « هذا أزكى وأطيب وأطهر » رواه أحمد فى المسند .

وروى أحاديث هذا الفصل كلها أبو حفص العكبرى ، وروى ابن بطة بإسناده عن أبى سعيد قال : قال رسول الله ( ص ) « إذا جامع الرجل أول الليل ثم أراد أن يعود توضأ وضوءه للصلاة » .

( فصل ) وليس للرجل أن يجمع بين امرأتيه فى مسكن واحد بغير رضاهما صغيراً كان أو كبيراً لأن عليهما ضرراً لما بينهما من العداوة والغيرة واجتماعهما يثير المخاصمة والمقاتلة وتسمع كل واحد منهما حسه اذا أتى الى الأخرى أو ترى ذلك فإن رضيتا بذلك جاز لأن الحق لهما فلهما المسامحة بتركه وكذلك ان رضيتا بنومه بينهما فى لحاف واحد ، وان رضيتا بأن يجامع واحدة بحيث تراه الأخرى لم يجز لأن فيه دناءة وسخفا وسقوط مروءة فلم يبح برضاهما وان أسكنهما فى دار واحدة كل واحدة فى بيت جاز إذا كان ذلك مسكن مثلها .

( فصل ) روى عن النبى ( ص ) أنه قال « أتعجبون من غيرة سعد ؟ لأنا أغير منه والله أغير منى » وعن على رضى الله عنه قال « بلغنى أن نساءكم ليزاحمن العلوج فى الأسواق أما تغارون ؟ إنه لا خير فيمن لا يغار » وقال محمد بن على بن الحسين كان إبراهيم عليه السلام غيوراً وما من امرىء لا يغار إلا منكوس القلب .

« مسألة » قال أبو القاسم ( وعلى الرجل أن يساوى بين زوجاته فى القسم )

لا نعلم بين أهل العلم فى وجوب التسوية بين الزوجات فى القسم خلافا وقد قال الله تعالى ( وعاشروهن بالمعروف ) وليس مع الميل معروف ، وقال الله تعالى ( فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة )

وروى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت له إمرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل » وعن عائشة قالت : كان

رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم بيننا فيعدل ثم يقول « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك » رواها أبو داود .

إذا ثبت هذا : فانه اذا كان عنده نسوة لم يجز له أن يبتديء بواحدة منهن إلا بقرعة لأن البداءة بها تفضيل لها والتسوية واجبة ولأنهن متساويات في الحق ولا يمكن الجمع بينهن فوجب المصير الى القرعة كما لو أراد السفر باحداهن فان كانتا اثنتين كفاه قرعة واحدة ويصير في الليلة الثانية الى الثانية بغير قرعة لأن حقها متعين وان كن ثلاثا أقرع في الليلة الثانية للبداية باحدى الباقيتين ، وان كن أربعا أقرع في الليلة الثالثة ويصير في الليلة الرابعة الى الرابعة بغير قرعة ، ولو أقرع في الليلة الأولى لجعل سهما للأولى وسهما للثانية وسهما للثالثة وسهما للرابعة ثم أخرجها عليهن مرة واحدة جاز وكان لكل واحدة ما خرج لها .

( فصل )

ويقسم المريض والمجبوب والعنين والخنثى والخصي وبذلك قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي لأن القسم للأنس وذلك حاصل ممن لا يطأ ، وقد روت عائشة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كان في مرضه جعل يدور في نسائه ويقول أين أنا غداً ؟ أين أنا غداً ؟ » رواه البخاري فان شق عليه ذلك استأذنهن في السكون عند احداهن كما فعل النبي (ص) .

قالت عائشة : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث الى النساء فاجتمعن قال « انى لا أستطيع أن ادور بينكن فان رأيتن ان تأذن لي فأكون عند عائشة فعلتن فأذن له » رواه ابو داود ، فان لم يأذن له اقام عند احداهن بالقرعه او اعتزلهن جميعاً ان احب . فان كان الزوج مجنونا لا يخاف منه طاف به الولي عليهن ، ان كان يخاف منه فلا قسم عليه لأنه لا يحصل منه أنس ولا فائدة وان لم يعدل الولي في القسم بينهن ثم أفاق المجنون فعليه ان يقضي للمظلومة لأنه حق ثبت في ذمته فلزمه إيفاؤه حال الافاقة كالمال .

( فصل ) ويقسم للمريضة والرتقاء والحائض والنفساء والمحرمة والصغيرة الممكن وطؤها وكلهن سواء في القسم ، وبذلك قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، وكذلك التي ظاهر منها لأن القصد الايواء والسكن

والأنس وهو حاصل لهن ؛ وأما المجنونة فإن كانت لا يخاف منها فهي كالصحيحة وان خاف منها فلا قسم لها لأنه لا يأمنها على نفسه ولا يحصل لها أنس ولا بها .

(فصل) ويجب قسم الابتداء ومعناه أنه اذا كانت له امرأة لزمه المبيت عندها ليلة من كل أربع ليال ما لم يكن عذر ، وان كان له نساء فلكل واحدة منهن ليلة من كل أربع ؛ وبه قال الثوري وأبو ثور .

وقال القاضي في المجرد لا يجب قسم الابتداء الا أن يترك الوطء مصرا فإن تركه غير مصر لم يلزمه قسم ولا وطء لأن أحمد قال اذا وصل الرجل الى امرأته مرة بطل أن يكون عنينا أي لا يؤجل ، وقال الشافعي لا يجب قسم الابتداء بحال لأن القسم لحقه فلم يجب عليه .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن عمرو بن العاص « يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل ؟ » قلت بلى يا رسول الله قال « فلا تفعل صم ، وأفطر ؛ وقم ، ونم ؛ فإن لجسدك عليك حقا ، وان لعينك عليك حقا وان لزوجك عليك حقا » متفق عليه .

فأخبر أن للمرأة عليه حقا وقد اشتهرت قصة كعب بن سور رواها عمر ابن شبة في كتاب قضاة البصرة من وجوه احداهن عن الشعبي أن كعب بن سور كان جالسا عند عمر بن الخطاب فجاءت امرأة فقالت يا أمير المؤمنين ما رأيت رجلا قط أفضل من زوجي والله انه ليبيت ليله قائما ويظل نهاره صائما فاستغفر لها وأثنى عليها واستحيت المرأة وقامت راجعة فقال كعب يا أمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها ؟ لجاء فقال لكعب اقض بينهما فإنك فهمت من أمرها ما لم أفهم قال فاني أرى كأنها امرأة عليها ثلاث نسوة هي رابعتهن فأقضي له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة فقال عمر والله ما رأيك الأول بأعجب الي من الآخر اذهب فأنت قاض على أهل البصرة ، وفي رواية فقال عمر : نعم القاضي أنت ، وهذه قضية انتشرت فلم تنكر فكانت اجماعا ، ولانه لو لم يكن حقا لم تستحق فسخ النكاح لتعذره بالجب والعنة وامتناعه بالايلاء ، ولانه لو لم يكن حقا للمرأة لملك الزوج تخصيص احدى زوجتيه به كالزيادة في النفقة على قدر الواجب .

اذا ثبت هذا فقال أصحابنا حق المرأة ليلة كل من أربع وللأمة ليلة من كل سبع

لان أكثر ما يمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر ولها السابعة. والذى يقوى عندى أن لها ليلة من ثمان لتكون على النصف مما للحرة فان حق الحرة من كل ثمان ليلتان ليس لها أكثر من ذلك ، فلو كان للأمة ليلة من سبع لزاد على النصف ولم يكن للحرة ليلتان وللأمة ليلة ؛ ولانه اذا كان تحته ثلاث حرائر وأمة فلم يرد ان يزيدهن على الواجب لهن فقسم بينهن سبعا فماذا يصنع فى الليلة الثامنة ؟ ان أوجبنا عليه مبيتها عند حرة فقد زادها على ما يجب لها ، وان باتها عند الامة جعلها كالحرة ولا سبيل اليه : وعلى ما اخترن تكون هذه الليلة الثامنة له ، ان أحب انفرد فيها وان أحب بات عند الاولى مستأنفا للقسم ، وان كان عنده حرة وأمة قسم لهن ثلاث ليال من ثمان وله الانفراد فى خمس : وان كان تحته حرتان وأمة فلهن خمس وله ثلاث وان كان حرتان وأمتان فلهن ست وله اثنتان وان كانت أمة واحدة فلها ليلة وله سبع ، وعلى قولهم لها ليلة وله ست .

## فصل

والوطء واجب على الرجل اذا لم يكن له عذر ، وبه قال مالك ، وعلى قول القاضى : لا يجب الا أن يتركه للاضرار ، وقال الشافعى : لا يجب عليه ، لانه حق له فلا يجب عليه كسائر حقوقه .

ولنا ما تقدم فى الفصل الذى قبله : وفى بعض روايات حديث كعب أنه حين قضى بين الرجل وامرأته قال ان لها عليك حقا يا بعل تصيبها فى أربع لمن عدل فأعطها ذاك ودع عنك العلل فاستحسن عمر قضاءه ورضيه ، ولانه حق واجب بالاتفاق واذا حلف على تركه فيجب قبل أن يحلف كسائر الحقوق الواجبة، يحقق هذا أنه لو لم يكن واجبا لم يصر باليمين على تركه واجبا كسائر ما لا يجب ، ولان النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما وهو مفض الى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كإفضائه الى دفع ذلك عن الرجل فيجب تعليله بذلك ويكون النكاح حقا لهما جميعا ، ولانه لو لم يكن لها فيه حق لما وجب استئذانها فى العزل كالامة .

اذا ثبت وجوبه فهو مقدر بأربعة أشهر ، نص عليه أحمد ووجهه أن الله تعالى قدره بأربعة أشهر فى حق المولى فكذلك فى حق غيره ، لان اليمين لا توجب

ما حلف على تركه فيدل على انه واجب بدونها فإن اصر على ترك الوطء وطالبت المرأة فقد روى ابن منصور عن احمد فى رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها يقول غدا ادخل بها غدا أدخل بها الى شهر هل يجبر على الدخول ؟ فقال : اذهب الى أربعة أشهر ان دخل بها والا فرق بينهما فجعله احمد كالمولى .

وقال ابو بكر بن جعفر لم يرو مسألة ابن منصور غيره وفيها نظر ، وظاهر قول أصحابنا انه لا يفرق بينهما لذلك وهو قول اكثر الفقهاء لانه لو ضرب له المدة لذلك وفرق بينهما لم يكن للإيلاء أثر ولا خلاف فى اعتباره .

( فصل )

وان سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء ، وان طال سفره ولذلك لا يفسخ نكاح المفقود اذا ترك لامرأته نفقة ، وان لم يكن له عذر مانع من الرجوع فإن احمد ذهب الى توقيته بستة اشهر فإنه قيل له كم يغيب الرجل عن زوجته ، قال ستة اشهر يكتب اليه فإن ابى ان يرجع فرق الحاكم بينهما ، وانما صار الى تقديره بهذا لحديث عمر رواه ابو حفص باسناده عن زيد بن اسلم قال : بينا عمر بن الخطاب يحرس المدينة فمر بامرأة فى بيتها وهى تقول :

تطاول هذا الليل واسود جانبه وطال على ان لا خليل ألاعبه
ووالله لولا خشية الله وحده لحرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها عمر فقيل له هذه فلانة زوجها غائب فى سبيل الله فأرسل اليها امرأة تكون معها وبعث الى زوجها فأقفله ثم دخل على حفصة فقال يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها ، فقالت سبحان الله مثلك يسأل مثلى عن هذا ، فقال : لولا انى اريد النظر للمسلمين ما سألتك قالت . خمسة اشهر ، ستة اشهر ، فوقت للناس فى مغازيهم ستة اشهر يسيرون شهرا ويقيمون اربعة ويسيرون شهرا راجعين ، وسئل احمد كم للرجل ان يغيب عن اهله ، قال يروى ستة اشهر وقد يغيب الرجل اكثر من ذلك لأمر لا بد له فان غاب اكثر من ذلك لغير عذر فقال بعض اصحابنا : يراسله الحاكم فان ابى ان يقدم فسخ نكاحه ومن قال لا يفسخ نكاحه

إذا ترك الوطء وهو حاضر فهنا أولى. وفي جميع ذلك لا يجوز الفسخ عند من يراه الا بحكم حاكم لأنه مختلف فيه .

( فصل ) وسئل أحمد يؤجر الرجل أن يأتي أهله وليس له شهوة ؟ فقال إي والله يحتسب الولد وإن لم يرد الولد يقول هذه امرأة شابة لم لا يؤجر ؟ وهذا صحيح فإن أبا ذر روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مباضعتك أهلك صدقة — قلت يا رسول الله أنصيب شهوتنا ونؤجر؟ قال — أرأيت لو وضعه في غير حقه كان عليه وزر ، قال قلت بلى قال — أفتحتسبون بالسيئة ولا تحتسبون بالخير » ولأنه وسيلة الى الولد وإعفاف نفسه وامرأته وغض بصره وسكون نفسه أو الى بعض ذلك .

( فصل ) وليس عليه التسوية بين نسائه في النفقة والكسوة اذا قام بالواجب لكل واحدة منهن ، قال أحمد في الرجل له امرأتان : له أن يفضل احداهما على الأخرى في النفقة والشهوات والكسى اذا كانت الاخرى في كفاية ويشتري لهذه أرفع من ثوب هذه وتكون تلك في كفاية وهذا لان التسوية في هذا كله تشق فلو وجب لم يمكنه القيام به الا بحرج فسقط وجوبه كالتسوية في الوطء .

« مسألة » قال ( وعماد القسم الليل )

لا خلاف في هذا ، وذلك لان الليل للسكن والايواء يأوي فيه الانسان الى منزله ويسكن الى أهله وينام في فراشه مع زوجته عادة ؛ والنهار للمعاش والخروج والتكسب والاشتغال ، قال الله تعالى ( وجعل الليل سكنا ) وقال تعالى ( وجعلنا الليل لباسا وجعلنا النهار معاشا ) وقال ( ومن رحمته جعل لكم الليل والنهار لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله ) فعلى هذا يقسم الرجل بين نسائه ليلة وليلة ويكون في النهار في معاشه وقضاء حقوق الناس وما شاء مما يباح له الا أن يكون ممن معاشه بالليل كالحراس ومن أشبههم فانه يقسم بين نسائه بالنهار ويكون الليل في حقه كالنهار في حق غيره .

( فصل ) والنهار يدخل في القسم تبعا لليل بدليل ما روى أن سودة وهبت يومها لعائشة متفق عليه ، وقالت عائشة « قبض رسول الله (ص) في بيتي وفي يومي

وإنما قبض النبي صلى الله عليه وسلم نهاراً ويتبع اليوم الليلة الماضية ولأن النهار تابع لليل ، ولهذا يكون أول الشهر الليل ولو نذر اعتكاف شهر دخل معتكفه قبل غروب شمس الشهر الذى قبله ، ويخرج منه بعد غروب شمس آخر يوم منه فيبدأ بالليل ، وان أحب أن يجعل النهار مضافاً إلى الليل الذى يتعقبه جاز ، لأن ذلك لا يتفاوت .

( فصل ) فإن خرج من عند بعض نسائه فى زمانها ، فإن كان ذلك فى النهار أو أول الليل أو آخره الذى جرت العادة بالانتشار فيه والخروج الى الصلاة جاز فإن المسلمين يخرجون لصلاة العشاء ولصلاة الفجر قبل طوعه .

وأما النهار : فهو للمعاش والانتشار ، وان خرج فى غير ذلك ولم يلبث أن عاد . لم يقض لها لأنه لا فائدة فى قضاء ذلك وان أقام قضاه لها ، سواء كانت إقامته لعذر من شغل أو حبس أو لغير عذر ، لأن حقها قد فات بغيبته عنها ، وان أحب أن يجعل قضاءه لذلك غيبته عن الأخرى مثل ماغاب عن هذه جاز ، لأن التسوية تحصل بذلك ، ولأنه إذا جاز له ترك الليلة بكمالها فى حق كل واحدة منهما ، فبعضها أولى ، ويستحب أن يقضى لها فى مثل ذلك الوقت لأنه أبلغ فى المماثلة ، والقضاء تعتبر المماثلة فيه كقضاء العبادات والحقوق ، وان قضاه فى غيره من الليل مثل : أن فاتها فى أول الليل ، فقضاه فى آخره ، أو من آخره فقضاه فى أوله ففيه وجهان :

أحدهما : يجوز ، لانه قد قضى قدر ما فاته من الليل ، والآخر لا يجوز لعدم المماثلة . إذا ثبت هذا ، فإنه لا يمكن قضاؤه كله من ليلة الأخرى لئلا يفوت حق الأخرى فتحتاج الى قضاء ، ولكن اما أن ينفرد بنفسه فى ليلة فيقضى منها ، واما أن يقسم ليلة بينهن ، ويفضل هذه بقدر ما فات من حقها ، واما أن يترك من ليلة كل واحدة مثل ما فات من ليلة هذه ، وإما أن يقسم المتروك بينهما مثل أن يترك من ليلة إحداهما ساعتين ، فيقضى لها من ليلة الأخرى ساعة واحدة ، فيصير الفائت على كل واحدة منهما ساعة .

( فصل ) وأما الدخول على ضرتها فى زمنها ، فإن كان ليلا لم يجز إلا لضرورة مثل أن يكون منزولا بها ، فيريد أن يحضرها ، أو توصى اليه ، أو ما لا بد منه ،

فإن فعل ذلك ، ولم يلبث أن خرج لم يقض ، وان أقام وبرئت المرأة المريضة ، قضى للأخرى من ليلتها بقدر ما أقام عندها ، وان خرج لحاجة غير ضرورية أثم والحكم فى القضاء كما لو دخل لضرورة ، لأنه لا فائدة فى قضاء اليسير ، وان دخل عليها لجامعها فى زمن يسير ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه قضاؤه ، لأن الوطء لا يستحق فى القسم ، والزمن اليسير لا يقضى ، والثانى : يلزمه أن يقضيه ، وهو أن يدخل على المظلومة فى ليلة المجامعة فيجامعها ليعدل بينهما ، ولأن اليسير مع الجماع يحصل به السكن ، فأشبه الكثير ، وأما الدخول فى النهار الى المرأة فى يوم غيرها ، فيجوز للحاجة من دفع النفقة ، أو عيادة أو سؤال عن أمر يحتاج إلى معرفته أو زيارتها لبعد عهده بها ونحو ذلك لما روت عائشة قالت ، كان رسول الله ( ص ) يدخل على فى يوم غيرى فينال منى كل شيء إلا الجماع ، واذا دخل اليها لم يجامعها ولم يطل عندها ، لان السكن يحصل بذلك وهى لا تستحقه ، وفى الاستمتاع منها بما دون الفرج وجهان

أحدهما : يجوز لحديث عائشة ، والثانى : لا يجوز ، لانه يحصل لها به السكن فأشبه الجماع . فإن أطال المقام عندها قضاه ، وان جامعها فى الزمن اليسير ففيه وجهان على ما ذكرنا ، ومذهب الشافعى على نحو ما ذكرنا ، إلا أنهم قالوا لا يقضى إذا جامع فى النهار .

ولنا أنه زمن يقضيه اذا طال المقام فيقضيه اذا جامع فيه كالليل .

( فصل )

والاولى أن يكون لكل واحدة منهن مسكن يأتيها فيه ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقسم هكذا ، ولأنه أصون لهن وأستر حتى لا يخرجن من بيوتهن ، وان اتخذ لنفسه منزلا يستدعى اليه كل واحدة منهن فى ليلتها ويومها كان له ذلك ، لأن للرجل نقل زوجته حيث شاء ، ومن امتنعت منهن من اجابته سقط حقها من القسم لنشوزها ، وان اختار أن يقصد بعضهن فى منازلهن ويستدعى البعض ، كان له ذلك ، لان له أن يسكن كل واحدة منهن حيث شاء ، وان حبس الزوج فأحب القسم بين نسائه ، بأن يستدعى كل واحدة فى ليلتها : فعليهن طاعته ان كان ذلك سكنى مثلهن ، وان لم يكن لم تلزمهن اجابته ، لان عليهن فى ذلك ضرراً

وإن أطعنه لم يكن له أن يترك العدل بينهن ، ولا استدعاء بعضهن دون بعض كما في غير الحبس .

« مسألة » قال ( ولو وطىء زوجته ولم يطأ الأخرى فليس بعاص )

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أنه لا تجب التسوية بين النساء في الجماع وهو مذهب مالك والشافعي ، وذلك لأن الجماع طريقه الشهوة والميل ، ولا سبيل الى التسوية بينهن في ذلك ، فإن قلبه قد يميل الى إحداهما دون الأخرى ، قال الله تعالى ( ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ) .

قال عبيدة السلماني في الحب والجماع : وان أمكنت التسوية بينهما في الجماع كان أحسن وأولى ، فإنه أبلغ في العدل ، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يقسم بينهن فيعدل ، ثم يقول « اللهم هذا قسمي فيما أملك ، فلا تلمني فيما لا أملك » وروي أنه كان يسوي بينهن حتى في القبل ، ولا تجب التسوية بينهن في الاستمتاع بما دون الفرج من القبل واللمس ونحوهما ، لأنه اذا لم تجب التسوية في الجماع ، ففي دواعيه أولى .

« مسألة » قال ( ويقسم لزوجته الأمة ليلة ، وللحرة ليلتين وان كانت كتابية )

وبهذا قال علي بن أبي طالب وسعيد بن المسيب ومسروق والشافعي واسحاق وأبو عبيد ، وذكر أبو عبيد أنه مذهب الثوري والاوزاعي وأهل الرأي ، وقال مالك في احدى الروايتين عنه : يسوي بين الحرة والأمة في القسم لانهما سواء في حقوق النكاح من النفقة والسكنى ، وقسم الابتداء كذلك ههنا .

ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول « اذا تزوج الحرة على الامة قسم للأمة ليلة وللحرة ليلتين » رواه الدارقطني . واحتج به أحمد ، ولأن الحرة يجب تسليمها ليلا ونهاراً ، فكان حظها أكثر في الإيواء ، ويخالف النفقة والسكنى فإنه مقدر بالحاجة ، وحاجتها الى ذلك كحاجة الحرة ، وأما قسم الابتداء فإنما شرع ليزول الاحتشام من كل واحد منهما من صاحبه ، ولا يختلفان في ذلك وفي مسألتنا يقسم لهما ليتساوى حظهما .

( فصل ) والمسلمة والكتابية سواء في القسم ، فلو كان له إمرأتان : أمة مسلمة

وحرة كتابية . قسم للأمة ليلة وللحرة ليلتين ، وان كانتا جميعا حرتين فليلة وليلة

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القسم بين المسلمة والذمية سواء ، كذلك قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والنخعي والزهري والحكم وحماد ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأى ، وذلك لأن القسم من حقوق الزوجية ، فاستوت فيه المسلمة والكتابية ، كالنفقة والسكنى : ويفارق الأمة . لأن الأمة لا يتم تسليمها ، ولا يحصل لها الايواء التام بخلاف الكتابية .

( فصــل ) فإن أعتقت الامة فى أثناء مدتها أضاف الى ليلتها ليلة أخرى لتساوى الحرة ، وان كان بعد انقضاء مدتها استؤنف القسم متساويا ، ولم يقض لها ما مضى . لأن الحريه حصلت بعد استيفاء حقها وان عتقت ، وقد قسم للحرة ليلة لم يزدها على ذلك لأنهما تساويا فيسوى بينهما

( فصــل )

والحق فى القسم للأمة دون سيدها فلها أن تهب ليلتها لزوجها ولبعض ضرائرها كالحرة ، وليس لسيدها الاعتراض عليها ، ولا أن يهبه دونها ، لأن الإيواء والسكن حق لها دون سيدها فملكت اسقاطه . وذكر القاضى أن قياس قول أحمد انه يستأذن سيد الامة فى العزل عنها ، أن لا تجوز هبتها لحقها من القسم الا بإذنه ولا يصح هذا . لأن الوطء لا يتناوله القسم فلم يكن للولى فيه حق ، ولأن المطالبة بالفيئة للأمة دون سيدها ، وفسخ النكاح بالجب والعنة لها دون سيدها ، فلا وجه لاثبات الحق له ههنا ،

( فصــل ) ولا قسم على الرجل فى ملك يمينه ، فمن كان له نساء وإماء فله الدخول على الاماء كيف شاء ، والاستمتاع بهن ان شاء كالنساء ، وان شاء أقل : وان شاء أكثر . وان شاء ساوى بين الاماء ، وان شاء فضل : وان شاء استمتع من بعضهن دون بعض ، بدليل قول الله تعالى ( فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ) وقد كان للنبى صلى الله عليه وسلم مارية القبطيه وريحانة ، فلم يكن يقسم لهما ، ولأن الأمة لا حق لها فى الاستمتاع ، ولذلك لا يثبت لها

الخيار بكون السيد مجبوبا أو عنينا ، ولا تضرب لها مدة الإيلاء لكن إن احتاجت إلى النكاح فعليه إعفافها ، إما بوطئها أو تزويجها أو بيعها .

( فصل ) ويقسم بين نسائه ليلة ليلة ، فإن أحب الزيادة على ذلك لم يجز إلا برضاهن ، وقال القاضي: له أن يقسم ليلتين ليلتين وثلاثا ثلاثا ، ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا برضاهن ، والأولى مع هذا ليلة وليلة لانه أقرب لعهدهن به ، وتجوز الثلاث لانها فى حد القلة ، فهى كالليلة ، وهذا مذهب الشافعى .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما قسم ليلة وليلة ولان التسوية واجبه وإنما جوزت البداءة بواحدة لتعذر الجمع فإذا بات عند واحدة ليلة تعينت الليلة الثانية حقا للاخرى فلم يجز جعلها للاولى بغير رضاها ، ولانه تأخير لحقوق بعضهن فلم يجز بغير رضاهن كالزيادة على الثلاث ، ولانه إذا كان له أربع نسوة فجعل لكل واحدة ثلاثا حصل تأخير الاخيرة فى تسع ليال ، وذلك كثير فلم يجز ، كما لو كان له امرأتان فأراد أن يجعل لكل واحدة تسعاً ، ولان للتأخير آفات فلا يجوز مع إمكان التعجيل بغير رضا المستحق كتأخير الدين الحال . والتحديد بالثلاث تحكم لا يسمع من غير دليل، وكونه فى حد القلة لا يوجب جواز تأخير الحق كالديون الحالة وسائر الحقوق .

( فصل ) فإن قسم لإحداهما ثم طلق الاخرى قبل قسمها أثم لانه فوت حقها الواجب لها ، وإن عادت اليه برجعة أو نكاح قضى لها لانه قدر على إيفاء حقها فلزمه كالمعسر اذا أيسر بالدين ، فإن قسم لاحداهما ثم جاء ليقسم للثانية فأغلقت الباب دونه أو منعته من الاستمتاع بها أو قالت لا تدخل علي أو لا تبت عندي أو ادعت الطلاق سقط حقها من القسم ، فإن عادت بعد ذلك الى المطاوعة استأنف القسم بينهما ولم يقض الناشز لانها أسقطت حق نفسها ، وان كان له أربع نسوة فأقام عند ثلاث منهن ثلاثين ليلة لزمه أن يقيم عند الرابعة عشراً لتساويهن، فان نشزت احداهن عليه وظلم واحدة فلم يقسم لها وأقام عند الاثنين ثلاثين ليله ثم أطاعته الناشز وأراد القضاء للظلومة فانه يقسم لها ثلاثاً وللناشز ليلة خمسة أدوار فيكمل للمظلومة خمس عشرة ليلة ويحصل للناشز خمس ثم يستأنف القسم بين الجميع فان

كان له ثلاث نسوة فقسم بين اثنتين ثلاثين ليلة وظلم الثالثة ، ثم تزوج جديدة ثم أراد أن يقضي للمظلومة فانه يخص الجديدة بسبع ان كانت بكراً وثلاث ان كانت ثيبا لحق العقد ثم يقسم بينها وبين المظلومة خمسة أدوار على ما قدمنا للمظلومة من كل دور ثلاثا وواحدة للجديدة

( فصل ) فان كان امرأتاه فى بلدين فعليه العدل بينهما لانه اختار المباعدة بينهما فلا يسقط حقهما عنه بذلك فإما ان يمضي الى الغائبة فى أيامها ، واما أن يقدمها اليه ويجمع بينهما فى بلد واحد ، فان امتنعت من القدوم مع الامكان سقط حقها لنشوزها ، وان أحب القسم بينهما فى بلديهما لم يمكن أن يقسم ليلة وليلة فيجعل المدة بحسب ما يمكن كشهر وشهر وأكثر أو أقل على حسب ما يمكنه وعلى حسب تقارب البلدين وتباعدهما

( فصل )

ويجوز للمرأة أن تهب حقها من القسم لزوجها أو لبعض ضرائرها أو لهن جميعا : ولا يجوز الا برضى الزوج لان حقه فى الاستمتاع بها لا يسقط الا برضاه فاذا رضيت هي والزوج جاز لان الحق فى ذلك لهما لا يخرج عنهما . فان أبت الموهوبة قبول الهبة لم يكن لها ذلك لان حق الزوج فى الاستمتاع بها ثابت فى كل وقت ، انما منعته المزاحمة بحق صاحبتها ، فاذا زالت المزاحمة بهبتها ثبت حقه فى الاستمتاع بها . وان كرهت كما لو كانت منفردة . وقد ثبت « أن سودة وهبت يومها لعائشه فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشه يومها ويوم سودة » متفق عليه . ويجوز ذلك فى جميع الزمان وفى بعضه . فان سودة وهبت يومها فى جميع زمانها .

وروى ابن ماجه عن عائشه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وجد على صفيه بنت حيي فى شيء . فقالت صفية لعائشه : هل لك أن ترضي عني رسول الله صلى الله عليه وسلم ولك يومي ؟ فأخذت خماراً مصبوغا بزعفران فرشته ليفوح ريحه ثم اختمرت به وقعدت الى جنب النبي صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اليك يا عائشة انه ليس يومك » قالت ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء . فأخبرته بالامر فرضي عنها

فإذا ثبت هذا فإن وهبت ليلتها لجميع ضرائرها صار القسم بينهن كما لو طلق الواهبة ، وإن وهبتها للزوج فله جعلها لمن شاء لأنه لا ضرر على الباقيات فى ذلك ان شاء جعله للجميع ، وإن شاء خص بها واحدة منهن ، وان شاء جعل لبعضهن فيها أكثر من بعض . وان وهبتها لواحدة منهن كفعل سودة جاز ، ثم ان كانت تلك الليلة تلى ليلة الموهوبة والى بينهما ، وان كانت لا تليها لم يجز له الموالاة بينهما الا برضاء الباقيات ، ويجعلها لها فى الوقت الذى كان للواهبة لأن الموهوبة قامت مقام الواهبة فى ليلتها فلم يجز تغييرها عن موضعها كما لو كانت باقية للواهبة ، ولأن فى ذلك تأخير حق غيرها وتغييراً لليلتها بغير رضاها فلم يجز ، وكذلك الحكم اذا وهبتها للزوج فآثر بها امرأة منهن بعينها ، وفيه وجه آخر أنه يجوز الموالاة بين الليلتين لعدم الفائدة فى التفريق ، والأول أصح وقد ذكرنا فيه فائدة فلا يجوز اطراحها ، ومتى رجعت الواهبة فى ليلتها فلها ذلك فى المستقبل لأنها هبة لم تقبض وليس لها الرجوع فيما مضى لأنه بمنزلة المقبوض . ولو رجعت فى بعض الليل كان على الزوج أن ينتقل اليها فإن لم يعلم حتى أتم الليلة لم يقض لها شيئا لأن التفريط منها .

( فصل ) فان بدلت ليلتها بمال لم يصح لأن حقها فى كون الزوج عندها وليس ذلك بمال فلا يجوز مقابلته بمال فإذا أخذت عليه مالا لزمها رده وعليه أن يقضى لها لأنها تركته بشرط العوض ولم يسلم لها ، وان كان عوضها غير المال مثل ارضاء زوجها أو غيره عنها جاز ، فان عائشة أرضت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفية وأخذت يومها وأخبرت بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكره .

« مسألة » قال ( واذا سافرت زوجته بإذنه فلا نفقة لها ولا قسم وان كان هو أشخصها فهى على حقها من ذلك )

وجملة الأمر أنها اذا سافرت فى حاجتها باذن زوجها لتجارة لها أو زيارة أو حج تطوع أو عمرة لم يبق لها حق فى نفقة ولا قسم . هكذا ذكر الخرقى والقاضى، وقال أبو الخطاب فى ذلك وجهان : وللشافعى فيه قولان ، أحدهما : لا يسقط حقها لأنها سافرت بإذنه أشبه ما لو سافرت معه .

ولنا أن القسم للأنس ، والنفقة للتمكين من الاستمتاع وقد تعذر ذلك بسبب من جهتها فسقط كما لو تعذر ذلك قبل دخوله بها ، وفارق ما إذا سافرت معه لأنه لم يتعذر ذلك ، ويحتمل أن يسقط القسم وجهاً واحداً لانه لو سافر عنها لسقط قسمها والتعذر من جهته فإذا تعذر من جهتها بسفرها كان أولى ويكون في النفقة الوجهان ، وفي هذا تنبيه على سقوطهما إذا سافرت بغير إذنه فإنه إذا سقط حقها من ذلك لعدم التمكين بأمر ليس فيه نشوز ولا معصية فلأن يسقط بالنشوز والمعصية أولى ، وهذا لا خلاف فيه نعلمه .

فأما أن اشخصها وهو أن يبعثها لحاجته أو يأمرها بالنقلة من بلدها لم يسقط حقها من نفقة ولا قسم لأنها لم تفوت عليه التمكين ولا فات من جهتها ، وإنما حصل بتفويته فلم يسقط حقها كما لو أتلف المشتري المبيع لم يسقط حق البائع من تسليم ثمنه اليه . فعلى هذا يقضي لها بحسب ما أقام عند ضرتها ، وان سافرت معه فهي على حقها منهما جميعا .

( مسألة ، قال ( وإذا أراد سفراً فلا يخرج معه منهن الا بقرعة فإذا قدم ابتدأ القسم بينهن )

وجملته أن الزوج اذا أراد سفراً فاحب حمل نسائه معه كلهن أو تركهن كلهن لم يحتج الى قرعة لأن القرعة لتعيين المخصوصة منهن بالسفر وههنا قد سوى ، وان أراد السفر ببعضهن لم يجز له أن يسافر بها الا بقرعة . وهذا قول أكثر أهل العلم وحكي عن مالك أن له ذلك من غير قرعة وليس بصحيح فإن عائشة روت « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد سفراً أقرع بين نسائه وأيتهن خرج سهمها خرج بها معه » متفق عليه ، ولأن في المسافرة ببعضهن من غير قرعة تفضيلا لها وميلا اليها فلم يجز بغير قرعة كالبداية بها في القسم .

وان أحب المسافرة بأكثر من واحدة أقرع أيضاً فقد روت عائشة « أن النبي (ص) كان اذا خرج أقرع بين نسائه فصارت القرعة لعائشة وحفصة رواه البخاري ، ومتى سافر بأكثر من واحدة سوى بينهن كما يسوي بينهن في الحضر ولا يلزمه القضاء للحاضرات بعد قدومه ، وهذا معنى قول الخرقي فإذا قدم

ابتدأ القسم بينهن ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن داود أنه يقضى لقول الله تعالى ( فلا تميلوا كل الميل ) .

ولنا أن عائشة لم تذكر قضاء فى حديثها ، ولأن هذه التى سافر بها يلحقها من مشقة السفر بإزاء ما حصل لها من السكن ، ولا يحصل لها من السكن مثل ما يحصل فى الحضر فلو قضى للحاضرات لكان قد مال على المسافرة كل الميل ، لكن ان سافر بإحداهن بغير قرعة أثم وقضى للبواقى بعد سفره ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة ومالك : لا يقضى ، لأن قسم الحضر ليس بمثل لقسم السفر فيتعذر القضاء

ولنا أنه خص بعضهن بمدة على وجه تلحقه التهمة فيه فلزمه القضاء كما لو كان حاضراً . إذا ثبت هذا : فينبغى أن لا يلزمه قضاء المدة ، وانما يقضى منها ما أقام منها معها بمبيت ونحوه ، فأما زمان السير فلم يحصل لها منه إلا التعب والمشقة فلو جعل للحاضرة فى مقابلة ذلك مبيتاً عندها واستمتاعا بها لمال كل الميل

## فصل

إذا خرجت القرعة لإحداهن لم يجب عليه السفر بها وله تركها والسفر وحده لأن القرعه لا توجب ، وإنما تعين من تستحق التقديم وان أراد السفر بغيرها لم يجز ، لأنها تعينت بالقرعة فلم يجز العدول عنها إلى غيرها ، وان وهبت حقها من ذلك لغيرها جاز إذا رضى الزوج ، لأن الحق لها فصحت هبتها له كما لو وهبت ليلتها فى الحضر . ولا يجوز بغير رضا الزوج لما ذكرنا فى هبة الليلة فى الحضر ، وان وهبته للزوج أو للجميع جاز ، وان امتنعت من السفر معه سقط حقها إذا رضى الزوج ، وان أبى فله إكراهها على السفر معه لما ذكرنا : وان رضى بذلك استأنف القرعة بين البواقى .

وان رضى الزوجات كلهن بسفر واحدة معه من غير قرعة جاز ، لأن الحق لهن ، إلا أن لا يرضى الزوج ويريد غير من اتفقن عليها فيصار الى القرعة ، ولا فرق فى جميع ما ذكرنا بين السفر الطويل والقصير لعموم الخبر والمعنى ، وذكر القاضى : احتمالا ثانيا أنه يقضى للبواقى فى السفر القصير . لأنه فى حكم الاقامة وهو وجه لأصحاب الشافعى .

ولنا : أنه سافر بها بقرعة فلم يقض كالطويل . ولو كان فى حكم الاقامة لم تجز

المسافرة بإحداهن دون الأخرى كما لا يجوز إفراد إحداهن بالقسم دون الأخرى ومتى سافر بإحداهن بقرعة ثم بدا له فأبعد السفر ، نحو أن يسافر الى بيت المقدس ثم يبدو له فيمضي الى مصر فله استصحابها معه لأنه سفر واحد قد أقرع له ، وإن أقام في بلدة مدة إحدى وعشرين صلاة فما دون لم يحتسب عليه بها ، لأنه في حكم السفر تجرى عليه أحكامه ، وان زاد على ذلك قضى الجميع عما أقامه لأنه خرج عن حكم السفر ، وإن أزمع على المقام قضى ما أقامه وإن قل . لأنه خرج عن حكم السفر ، ثم إذا خرج بعد ذلك الى بلده أو بلد أخرى لم يقض ما سافره لأنه في حكم السفر الواحد وقد أقرع له .

( فصل ) وإذا أراد الانتقال بنسائه إلى بلد آخر فأمكنه استصحابهن كلهن في سفره فعل ولم يكن له إفراد إحداهن به . لأن هذا السفر لا يختص بواحدة بل يحتاج الى نقل جميعهن ، فإن خص إحداهن قضى للباقيات كالحاضر . فإن لم يمكنه صحبة جميعهن أو شق عليه ذلك وبعث بهن جميعا مع غيره ممن هو محرم لهن جاز ولا يقضي لأحد ولا يحتاج الى قرعة ، لأنه سوى بينهن ، وإن أراد إفراد بعضهن بالسفر معه لم يجز إلا بقرعة ، فإذا وصل إلى البلد الذي انتقل اليه فأقامت معه فيه قضى للباقيات مدة كونها معه في البلد خاصة ، لأنه صار مقيما وانقطع حكم السفر عنه .

( فصل )

إذا كانت له امرأة فتزوج أخرى ، وأراد السفر بهما جميعا . قسم للجديدة سبعا إن كانت بكراً وثلاثا ان كانت ثيبا ، ثم يقسم بعد ذلك بينها وبين القديمة ، وان أراد السفر بإحداهما أقرع بينهما ، فإن خرجت قرعة الجديدة سافر بها معه ، ودخل حق العقد في قسم السفر ، لأنه نوع قسم . وان وقعت القرعة للأخرى سافر بها ، فإن حضر قضى للجديدة حق العقد ، لأنه سافر بعد وجوبه عليه ، وان تزوج اثنتين وعزم على السفر أقرع بينهما فسافر بالتي تخرج لها القرعة ويدخل حق العقد في قسم السفر ، فإذا قدم قضى للثانية حق العقد في أحد الوجهين لأنه حق وجب لها قبل سفره لم يؤده اليها فلزمه قضاؤه كما لو لم يسافر بالأخرى معه

. والثاني لا يقضيه لئلا يكون تفضيلا لها على التي سافر بها، لأنه لا يحصل المسافرة من الإيواء والسكن والمبيت عندها مثل ما يحصل في الحضر فيكون ميلا فيتعذر قضاؤه، فإن قدم من سفره قبل مضي مدة ينقضي فيها حق عقد الأولى أتمه في الحضر وقضى للحاضرة مثله وجهاً واحداً وفيما زاد الوجهان .

ويحتمل في المسألة الأولى وجهاً ثالثا، وهو أن يستأنف قضاء حق العقد لكل واحدة منهما . ولا يحتسب على المسافرة بمدة سفرها، كما لا يحتسب به عليها فيما عدا حق العقد . وهذا أقرب الى الصواب من إسقاط حق العقد الواجب بالشرع بغير مسقط .

« مسألة » قال ( واذا أعرس عند بكر أقام عندها سبعا ثم دار، ولا يحتسب عليها بما أقام عندها . وان كانت ثيبا أقام عندها ثلاثا ثم دار، ولا يحتسب عليها أيضا بما أقام عندها )

. متى تزوج صاحب النسوة امرأة جديدة قطع الدور وأقام عندها سبعاً ان كانت بكراً ولا يقضيها للباقيات، وان كانت ثيبا أقام عندها ثلاثا ولا يقضيها الا أن تشاء هي أن يقيم عندها سبعا فإنه يقيمها عندها ويقضي الجميع للباقيات . روي ذلك عن أنس . وبه قال الشعبي والنخعي ومالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وابن المنذر ؛ وروي عن سعيد بن المسيب والحسن وخلاس بن عمرو ونافع مولى ابن عمر : للبكر ثلاث وللثيب ليلتان . ونحوه قال الاوزاعي : وقال الحكم وحماد وأصحاب الرأي : لا فضل للجديدة في القسم . فإن أقام عندها شيئا قضاه للباقيات لأنه فضلها بمدة فوجب قضاؤها، كما لو أقام عند الثيب سبعا

ولنا ما روى أبو قلابة عن أنس قال : من السنة اذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعا . واذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا ثم قسم . قال أبو قلابة لو شئت لقلت أن أنسا رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم متفق عليه . وعن أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوج أم سلمة أقام عندها ثلاثا وقال « ليس بك على أهلك هوان ان شئت سبعت لك ؛ وان سبعت لك سبعت لنسائي»

رواه مسلم ؛ وفى لفظ ، وإن شئت ثلثت ثم درت ، وفى لفظ ،وإن شئت زدتك ثم حاسبتك به . للبكر سبع وللثيب ثلاث ، وفى لفظ رواه الدارقطنى ، إن شئت أقمت عندك ثلاثا خالصة لك : وإن شئت سبعت لك ثم سبعت لنسائى ، وهذا يمنع قياسهم ويقدم عليه

قال ابن عبد البر : الأحاديث المرفوعة فى هذا الباب على ما قلناه ، وليس مع من خالفنا حديث مرفوع والحجة مع من أدلى بالسنة

( فصـــل )

والأمة والحرة فى هذا سواء ، ولأصحاب الشافعى فى هذا ثلاثة أوجه :

أحدها كقولنا ، والثانى الأمة على النصف من الحرة كسائر القسم

والثالث للبكر من الإماء أربع وللثيب ليلتان تكميلا لبعض الليلة

ولنا عموم قوله عليه السلام ، للبكر سبع وللثيب ثلاث ، ولأنه يراد للأنس وإزالة الاحتشام ، والأمة والحرة سواء فى الحاجة اليه فاستويا فيه كالنفقة .

( فصـل ) يكره أن يزف اليه امرأتان فى ليلة واحدة ، أو فى مدة حق عقد إحداهما لأنه لا يمكنه أن يوفيهما حقهما ، وتستضر التى لا يوفيها حقها وتستوحش فإن فعل فأدخلت إحداهما قبل الاخرى بدأ بها فوفاها حقها ثم عاد فوفى الثانية ثم ابتدأ القسم وإن زفت الثانية فى أثناء مدة حق العقد أتمه للأولى ثم قضى حق الثانية ، وان أدخلتا عليه جميعا فى مكان واحد أقرع بينهما وقدم من خرجت لها القرعة منهما ثم وفى الاخرى بعدها

( فصـل ) وإذا كانت عنده امرأتان وبات عند إحداهما ليلة ، ثم تزوج ثالثة قبل ليلة الثانية قدم المزفوفة بلياليها لان حقها آكد لانه ثبت بالعقد ، وحق الثانية ثبت بفعله ، فإذا قضى حق الجديدة بدأ بالثانية فوفاها ليلتها ثم يبيت عند الجديدة ثم يبتدى القسم .

وذكر القاضى : أنه اذا وفى الثانية ليلتها بات عند الجديدة نصف ليلة ثم يبتدىء القسم ، لأن الليلة التى يوفيها للثانية نصفها من حقها ونصفها من حق الاخرى ، فيثبت للجديدة فى مقابلة ذلك نصف ليلة بإزاء ماحصل لكل واحدة من ضرتيها ،

وعلى هذا القول يحتاج أن ينفرد بنفسه فى نصف ليلة وفيه حرج ، فإنه ربما لا يجد مكانا ينفرد فيه ، أو لا يقدر على الخروج اليه فى نصف الليلة أو المجيء منه ، وفيما ذكرناه من البداية بها بعد الثانية وفاء بحقها بدون هذا الحرج فيكون أولى ان شاء الله

( فصل ) وحكم السبعة والثلاثة التى يقيمها عند المزفوفة حكم سائر القسم فى أن عماده الليل ، وله الخروج نهاراً لمعاشه وقضاء حقوق الناس . وان تعذر عليه المقام عندها ليلا لشغل أو حبس ، أو ترك ذلك لغير عذر قضاه لها وله الخروج لصلاة الجماعة ، فإن النبي ( ص ) لم يكن يترك الجماعة لذلك ويخرج لما لا بد له منه فإن أطال قضاه . وان كان يسيراً فلا قضاء عليه

• مسألة • قال ( واذا ظهر منها ما يخاف معه نشوزها وعظها فإن أظهرت نشوزاً هجرها فإن أردعها والا فله أن يضربها ضرباً لا يكون مبرحا )

معنى النشوز معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته ، مأخوذ من النشز وهو الارتفاع ؛ فكأنها ارتفعت وتعالت عما أوجب الله عليها من طاعته ، فمتى ظهرت منها أمارات النشوز ، مثل أن تتثاقل وتدافع اذا دعاها ، ولا تصير اليه الا بتكره ودمدمة ، فإنه يعظها فيخوفها الله سبحانه ويذكر ما أوجب الله له عليها من الحق والطاعة ، وما يلحقها من الاثم بالمخالفة والمعصية وما يسقط بذلك من حقوقها من النفقة والكسوة وما يباح له من ضربها وهجرها ، لقول الله تعالى ( واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن ) فإن أظهرت النشوز ، وهو أن تعصيه وتمتنع من فراشه أو تخرج من منزله بغير اذنه فله أن يهجرها فى المضجع لقول الله تعالى ( واهجروهن فى المضاجع )

قال ابن عباس : لا تضاجعها فى فراشك ، فأما الهجران فى الكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لما روى أبو هريرة أن النبي (ص) قال « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام » وظاهر كلام الخرقى انه ليس له ضربها فى النشوز فى أول مرة . وقد روى عن أحمد . اذا عصت المرأة زوجها فله ضربها ضربا غير مبرح ، فظاهر هذا اباحة ضربها بأول مرة لقول الله تعالى ( واضربوهن ) ولأنها

صرحت بالمنع فكان له ضربها كما لو أصرت ، ولأن عقوبات المعاصي لا تختلف بالتكرار وعدمه كالحدود ، ووجه قول الخرقي : المقصود زجرها عن المعصية في المستقبل وما هذا سبيله يبدأ فيه بالأسهل فالأسهل ، كمن هجم منزله فأراد إخراجه وأما قوله ( واللاتي تخافون نشوزهن الآية ، ففيها إضمار تقـديره : واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن ، فإن نشزن فاهجروهن في المضاجع ، فإن أصررن فاضربوهن كما قال سبحانه ( إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ) والذي يدل على هذا أنه رتب هذه العقوبات على خوف النشوز ، ولا خلاف في أنه لا يضربها لخوف النشوز قبل إظهاره ، وللشافعي قولان كهذين ، فإن لم ترتدع بالوعظ والهجر فله ضربها لقوله تعالى ( واضربوهن ) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ان لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه ، فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح » رواه مسلم ، ومعنى غير مبرح ، أي ليس بالشديد

قال الخلال : سألت أحمد بن يحيى عن قوله ضربا غير مبرح ، قال غير شديد ، وعليه أن يجتنب الوجه والمواضع المخوفة ، لأن المقصود التأديب لا الاتلاف ، وقد روى أبو داود عن حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه قال : قلت يارسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه ؟ قال « أن يطعمها إذا طعمت ويكسوها اذا اكتست ولا يقبح ولا يهجر إلا في البيت »

وروى عبد الله بن زمعة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يضاجعها في آخر اليوم ولا يزيد في ضربها على عشرة أسواط لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله » متفق عليه

( فصل ) وله تأديبها على ترك فرائض الله . وسأل اسماعيل بن سعيد أحمد عما يجوز ضرب المرأة عليه ؟ قال على فرائض الله . وقال في الرجل له امرأة لا تصلي يضربها ضربا رفيقا غير مبرح . وقال علي رضي الله عنه في تفسـير قوله تعالى ( قوا أنفسكم وأهليكم ناراً ) قال علموهم أدبوهم وروى أبو محمد الخلال بإسناده عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رحم الله عبداً علق في بيته

سوطا يؤدب أهله ، فان لم تصل" فقد قال أحمد : أخشى أن لا يحل لرجل يقيم مع امرأة لاتصلي ولا تغتسل من جنابة ولا تتعلم القرآن . قال احمد في الرجل يضرب امرأته : لاينبغي لأحد أن يسأله ولا أبوها لم ضربتها ، والأصل في هذا ماروى الأشعث عن عمر انه قال « يا أشعث احفظ عني شيئا سمعته من رسول الله (ص) لا تسألن رجلا فيما ضرب امرأته » رواه أبو داود ، ولأنه قد يضربها لأجل الفراش ، فان أخبر بذلك استحيا ، وإن أخبر بغيره كذب

( فصل ) وإذا خافت المرأة نشوز زوجها وإعراضه عنها لرغبته عنها اما لمرض بها أو كبر او دمامة فلا بأس أن تضع عنه بعض حقوقها تسترضيه بذلك ، لقول الله تعالى (وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا) روى البخاري عن عائشة (وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا ) قالت : هي المرأة تكون عند الرجل لايستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج عليها ، تقول له امسكني ولا تطلقني ثم تزوج غيري فأنت في حل من النفقة علي والقسمة لي .

وعن عائشة أن سودة بنت زمعة حين أسنت وفرقت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت : يا رسول الله يومي لعائشة ، فقبل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم منها ، قالت في ذلك أنزل الله جل ثناؤه وفي أشباهها أراه قال ( وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا ) رواه أبو داود ، ومتى صالحته على ترك شيء من قسمها أو نفقتها أو على ذلك كله جاز ، فان رجعت فلها ذلك ، قال أحمد في الرجل يغيب عن امرأته فيقول لها : ان رضيت على هذا والا فأنت أعلم ، فتقول قد رضيت فهو جائز فإن شاءت رجعت

« مسألة » قال ( والزوجان اذا وقعت بينهما العداوة وخشي عليهما أن يخرجهما ذلك الى العصيان بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها مأمونين برضا الزوجين وتوكيلهما بأن يجمعا اذا رأيا أو يفرقا ، فما فعلا من ذلك لزمهما )

وجملة ذلك أن الزوجين اذا وقع بينهما شقاق نظر الحاكم فان بان له أنه من المرأة فهو نشوز قد مضى حكمه ، وان بان أنه من الرجل أسكنهما الى جانب ثقة

يمنعه من الإضرار بها والتعدى عليها . وكذلك إن بان من كل واحد منهما تعد أو ادعى كل واحد منهما أن الآخر ظلمه أسكنهما إلى جانب من يشرف عليهما ويلزمهما الإنصاف ، فإن لم يتهيأ ذلك وتمادى الشر بينهما وخيف الشقاق عليهما والعصيان بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها فنظرا بينهما وفعلا ما يريان المصلحة فيه من جمع أو تفريق لقول الله تعالى ( وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما ) .

واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى الحكمين فنى إحدى الروايتين عنه أنهما وكيلان لهما لا يملكان التفريق لهما إلا بإذنهما ، وهذا مذهب عطاء وأحد قولى الشافعى ، وحكى ذلك عن الحسن وأبى حنيفة لأن البضع حقه والمال حقها وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما ؛ والثانية : أنهما حاكمان ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما ، وروى نحو ذلك عن على وابن عباس وأبى سلمة بن عبد الرحمن والشعبى والنخعى وسعيد بن جبير ومالك والأوزاعى وإسحاق وابن المنذر لقول الله تعالى ( فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ) فسماهما حكمين ولم يعتبر رضا الزوجين ثم قال ( إن يريدا إصلاحا ) فخاطب الحكمين بذلك .

وروى أبو بكر بإسناده عن عبيدة السلمانى أن رجلا وامرأة أتيا عليا مع كل واحد منهما فئام من الناس فقال على رضى الله عنه ابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها فبعثوا حكمين ثم قال على للحكمين هل تدريان ما عليكما من الحق ؟ عليكما من الحق إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما فقالت المرأة رضيت بكتاب الله على ولى فقال الرجل : أما الفرقة فلا . فقال على : كذبت حتى ترضى بما رضيت به ، وهذا يدل على أنه أجبره على ذلك . ويروى أن عقيلا تزوج فاطمة بنت عتبة فتخاصما فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان فبعث حكما من أهله عبد الله ابن عباس وحكما من أهلها معاوية فقال ابن عباس : لأفرقن بينهما . وقال معاوية : ما كنت لأفرق بين شيخين من بنى عبد مناف . فلما بلغا الباب كانا قد غلقا الباب واصطلحا ولا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق كما

يقضى الدين عنه من ماله إذا امتنع ويطلق الحاكم على المولى إذا امتنع . إذا ثبت هذا فإن الحكمين لا يكونان إلا عاقلين بالغين عدلين مسلمين لأن هذه من شروط العدالة سواء قلنا هما حاكمان أو وكيلان لأن الوكيل إذا كان متعلقا بنظر الحاكم لم يجز أن يكون الا عدلا كما لو نصب وكيلا لصبي أو مفلس ويكونان ذكرين لأنه مفتقر الى الرأي والنظر . قال القاضي ويشترط كونهما حرين وهو مذهب الشافعي لأن العبد عنده لا تقبل شهادته فتكون الحرية من شروط العدالة والاولى أن يقال ان كانا وكيلين لم تعتبر الحرية لأن توكيل العبد جائز ، وان كانا حكمين اعتبرت الحرية لأن الحاكم لا يجوز أن يكون عبداً ويعتبر أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق لانهما يتصرفان فى ذلك فيعتبر علمهما به والأولى أن يكونا من أهلهما لأمر الله تعالى بذلك ولأنهما أشفق وأعلم بالحال فإن كانا من غير أهلهما جاز لأن القرابة ليست شرطا فى الحكم ولا الوكالة فكان الامر بذلك ارشاداً واستحبابا فإن قلنا هما وكيلان فلا يفعلان شيئا حتى يأذن الرجل لوكيله فيما يراه من طلاق أو صلح وتأذن المرأة لوكيلها فى الخلع والصلح على ما يراه فإن امتنعا من التوكيل لم يجبرا وان قلنا انهما حكمان فإنهما يمضيان ما يريانه من طلاق وخلع فينفذ ذلك عليهما رضياه أو أبياه .

( فصل ) فإن غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث حكمين جاز للحكمين امضاء رأيهما ان قلنا انهما وكيلان لان الوكالة لا تبطل بالغيبة . وان قلنا انهما حاكمان لم يجز لهما امضاء الحكم لأن كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه والقضاء للغائب لا يجوز الا أن يكونا قد وكلاهما فيفعلان ذلك بحكم التوكيل لا بالحكم وان كان أحدهما قد وكل جاز لوكيله فعل ما وكله فيه مع غيبته وان جن أحدهما بطل حكم وكيله لان الوكالة تبطل بجنون الموكل وان كان حاكما لم يجز له الحكم لان من شرط ذلك بقاء الشقاق وحضور المتداعيين ولا يتحقق ذلك مع الجنون .

( فصل ) فان شرط الحكمان شرطا أو شرطه الزوجان لم يلزم مثل أن يشترطا ترك بعض النفقة والقسم لم يلزم الوفاء به لانه اذا لم يلزم برضى الموكلين فبرضى الوكيلين أولى . وان أبرأ وكيل المرأة من الصداق أو دين لها لم يبرأ الزوج الا فى الخلع وان أبرأ وكيل الزوج من دين له أو من الرجل لم تبرأ الزوجة لانهما وكيلان فيما يتعلق بالاصلاح لا فى اسقاط الحقوق .

# كتاب الخلع

• مسألة • قال ( والمرأة اذا كانت مبغضة للرجل وتكره أن تمنعه ما تكون عاصية بمنعه فلا بأس أن تفتدي نفسها منه )

وجملة الامر أن المرأة اذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدي به نفسها منه لقول الله تعالى ( فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ) وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ماشأنك ؟ قالت لا أنا ولا ثابت، لزوجها فلما جاء ثابت قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر » وقالت حبيبة يا رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس « خذ منها » فأخذ منها وجلست في أهلها ، وهذا حديث صحيح ثابت الإسناد رواه الائمة مالك وأحمد وغيرهما .

وفي رواية البخاري قال جاءت امرأة ثابت بن قيس الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق الا أني أخاف الكفر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أتردين عليه حديقته ؟ » فقالت نعم فردتها عليه وأمره ففارقها ، وفي رواية فقال له « اقبل الحديقة وطلقها تطليقة » وبهذا قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام ، قال ابن عبد البر : ولا نعلم أحداً خالفه الا بكر ابن عبد الله المزني فانه لم يجزه وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه ( وان أردتم استبدال زوج مكان زوج ) الآية .

وروى عن ابن سيرين وأبي قلابة أنه لا يحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلا لقول الله تعالى ( ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة ) .

ولنا الآية التي تلوناها والخبر وأنه قول عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة

لم نعرف لهم في عصرهم مخالفا فيكون إجماعا ، ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع وأن الآية الناسخة متأخرة ولم يثبت شيء من ذلك .

إذا ثبت هذا فإن هذا يسمى خلعا لأن المرأة تنخلع من لباس زوجها ، قال الله تعالى ( هن لباس لكم وأنتم لباس لهن ) ويسمى افتداء لأنها تفتدى نفسها بمال تبذله . قال الله تعالى ( فلا جناح عليهما فيما افتدت به )

( فصل ) ولا يفتقر الخلع إلى حاكم . نص عليه أحمد فقال يجوز الخلع دون السلطان ، وروى البخاري ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما ، وبه قال شريح والزهري ومالك والشافعي وإسحاق وأهل الرأي . وعن الحسن وابن سيرين لا يجوز إلا عند السلطان .

ولنا قول عمر وعثمان ، ولأنه معاوضة فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح ، ولأنه قطع عقد بالتراضي أشبه الاقالة .

( فصل ) ولا بأس بالخلع في الحيض والطهر الذي أصابها فيه ، لأن المنع من الطلاق في الحيض من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة ، والخلع لازالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه وذلك أعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع أعلاهما بأدناهما ولذلك لم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم المختلعة عن حالها ، ولأن ضرر تطويل العدة عليها ، والخلع يحصل بسؤالها فيكون ذلك رضاء منها به ودليلا على رجحان مصلحتها فيه .

( مسألة ) قال ( ولا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها )

هذا القول يدل على صحة الخلع بأكثر من الصداق وأنهما إذا تراضيا على الخلع بشيء صح ، وهذا قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة ومجاهد وقبيصة بن ذؤيب والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ويروى عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها وعقاص رأسها كان ذلك جائزاً ، وقال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن شعيب لا يأخذ أكثر مما أعطاها ، وروى ذلك عن علي بإسناد منقطع واختاره أبو بكر قال فإن فعل رد الزيادة . وعن سعيد بن المسيب قال : ما أرى أن يأخذ كل مالها

ولكن ليدع لها شيئاً ، واحتجوا بما روى أن جميلة بنت سلول أتت النبي (ص) فقالت : والله ما أعيب على ثابت فى دين ولا خلق ولكن أكره الكفر فى الإسلام لا أطيقه بغضاً ، فقال لها النبي (ص) « أتردين عليه حديقته ؟ » قالت نعم ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد ، رواه ابن ماجه ولأنه بدل فى مقابلة فسخ فلم يزد على قدره فى ابتداء العقد كالعوض فى الاقالة .

ولنا قول الله تعالى ( فلا جناح عليهما فيما افتدت به ) ولأنه قول من سمينا من الصحابة ، قالت الربيع بنت معوذ : اختلعت من زوجي بما دون عقاص رأسي فأجاز ذلك عثمان بن عفان رضى الله عنه : ومثل هذا يشتهر فلم ينكر فيكون إجماعا ولم يصح عن على خلافه ، فإذا ثبت هذا فإنه لا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها ، وبذلك قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والحكم وحماد وإسحاق وأبو عبيد فان فعل جاز ، مع الكراهة ولم يكرهه أبو حنيفة ومالك والشافعي ، قال مالك لم أزل أسمع إجازة الفداء بأكثر من الصداق .

ولنا حديث جميلة ، وروى عن عطاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها : رواه أبو حفص باسناده وهو صريح فى الحكم فنجمع بين الآية والخبر فنقول الآية دالة على الجواز والنهى عن الزيادة للكراهة والله أعلم .

« مسألة » قال ( ولو خالعته لغير ما ذكرنا كره لها ذلك ووقع الخلع )

فى بعض النسخ ( بغير ) ما ذكرنا بالباء فيحتمل أنه أراد بأكثر من صداقها وقد ذكرنا ذلك فى المسألة التى قبل هذه . والظاهر أنه أراد إذا خالعته لغير بغض وخشية من أن لا تقيم حدود الله لانه لو أراد الاول لقال كره له فلما قال كره لها دل على أنه أراد مخالعتها له والحال عامرة والاخلاق ملتئمة فانه يكره لها ذلك فان فعلت صح الخلع فى قول أكثر أهل العلم . منهم أبو حنيفة والثورى ومالك والاوزاعى والشافعى ، ويحتمل كلام أحمد تحريمه فانه قال : الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر ، فهذا الخلع . وهذا يدل على أنه لا يكون الخلع صحيحا إلا فى هذه الحال ، وهذا قول ابن المنذر وداود .

وقال ابن المنذر : وروى معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم ، وذلك لأن الله تعالى قال ( ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ) فدل بمفهومه على أن الجناح لاحق بهما إذا افتدت من غير خوف ثم غلظ بالوعيد فقال ( تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ) وروى ثوبان قال . قال رسول الله (ص ) « أيما إمرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة » رواه أبو داود .

وعن أبي هريرة عن النبي (ص ) قال « المختلعات والمنتزعات هن المنافقات » رواه أبو حفص ورواه أحمد في المسند وذكره محتجا به ، وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة ولأنه إضرار بها وبزوجها وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة فحرم لقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » واحتج من أجازه بقول الله سبحانه ( فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا ) قال ابن المنذر لا يلزم من الجواز في غير عقد الجواز في المعاوضة بدليل الربا حرمه الله في العقد وأباحه في الهبة ، والحجة مع من حرمه ، وخصوص الآية في التحريم يجب تقديمه على عموم آية الجواز مع ما عضدها من الأخبار والله أعلم .

( فصل ) فأما ان عضل زوجته وضارها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود : روى ذلك عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والقاسم بن محمد وعروة وعمرو بن شعيب وحميد بن عبد الرحمن والزهري ، وبه قال مالك والثوري وقتادة والشافعي وإسحاق ، وقال أبو حنيفة : العقد صحيح والعوض لازم وهو آثم عاص .

ولنا قول الله تعالى ( ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ) وقال الله تعالى ( لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن ) ولأنه عوض أكرهن على بذله بغير حق فلم يستحق كالثمن في البيع والأجر في الإجارة ، وإذا لم يملك العوض ،

وقلنا الخلع طلاق وقع الطلاق بغير عوض فان كان أقل من ثلاث فله رجعتها لأن الرجعة إنما سقطت بالعوض فإذا سقط العوض ثبتت الرجعة ، وان قلنا هو فسخ ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء لان الخلع بغير عوض لا يقع على احدى الروايتين وعلى الرواية الأخرى إنما رضي بالفسخ ههنا بالعوض فإذا لم يحصل له العوض لا يحصل المعوض ، وقال مالك : إن أخذ منها شيئا على هذا الوجه رده ، ومضى الخلع عليه ويتخرج لنا مثل ذلك إذا قلنا يصح الخلع بغير عوض .

( فصل )

فأما ان ضربها على نشوزها ومنعها حقها لم يحرم خلعها لذلك لأن ذلك لا يمنعهما أن لا يخافا أن لا يقيما حدود الله ، وفي بعض حديث حبيبة أنها كانت تحت ثابت بن قيس فضربها فكسر ضلعها فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فدعى النبي صلى الله عليه وسلم ثابتا فقال « خذ بعض مالها وفارقها » ففعل ، رواه أبو داود وهكذا لو ضربها ظلما لسوء خلقه أو غيره لا يريد بذلك أن تفتدي نفسها لم يحرم عليه مخالعتها لأنه لم يعضلها ليذهب ببعض ما آتاها ولكن عليه اثم الظلم .

( فصل ) فإن أتت بفاحشة فعضلها لتفتدي نفسها منه ففعلت صح الخلع لقول الله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) والاستثناء من النهي اباحة ولأنها متى زنت لم يأمن أن تلحق به ولداً من غيره وتفسد فراشه فلا تقيم حدود الله في حقه فتدخل في قول الله تعالى ( فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ) وهذا أحد قولي الشافعي . والقول الآخر لا يصح لأنه عوض أكرهت عليه أشبه ما لو لم تزن والنص أولى

( فصل ) اذا خالع زوجته أو بارأها بعوض فانهما يتراجعان بما بينهما من الحقوق فان كان قبل الدخول فلها نصف المهر ، وان كانت قبضته كله ردت نصفه ، وان كانت مفوضة فلها المتعة ، وهذا قول عطاء والزهري والشافعي ، وقال أبو حنيفة : ذلك براءة لكل واحد منهما مما لصاحبه عليه من المهر ، وأما الديون التي ليست من حقوق الزوجية فنه فيها روايتان ، ولا تسقط النفقة في المستقبل لأنها ما وجبت بعد .

ولنا أن المهر حق لا يسقط بالخلع إذا كان بلفظ الطلاق فلا يسقط بلفظ الخلع والمبارأة كسائر الديون ونفقة العدة إذا كانت حاملا ، ولأن نصف المهر ٢١م يصير له لم يجب له قبل الخلع فلم يسقط بالمباراة كنفقة العدة ، والنصف لها لا يبرأ منه بقولها بارأتك لأن ذلك يقتضى براءتها من حقوقه لا براءته من حقوقها .

«مسألة» قال ( والخلع فسخ فى إحدى الروايتين ، والأخرى أنه تطليقة بائنة )

اختلفت الرواية عن أحمد فى الخلع ففى إحدى الروايتين أنه فسخ ، وهذا اختيار أبى بكر ، وقول ابن عباس وطاوس وعكرمة وإسحاق وأبى ثور وأحد قولى الشافعى ، والرواية الثانية : أنه طلقة بائنة . روى ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقبيصة وشريح ومجاهد وأبى سلمة بن عبدالرحمن والنخعى والشعبى والزهرى ومكحول وابن أبى نجيح ومالك والأوزاعى والثورى وأصحاب الرأى وقد روى عن عثمان وعلى وابن مسعود لكن ضعف أحمد الحديث عنهم وقال . ليس فى الباب شىء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ .

واحتج ابن عباس بقوله تعالى ( الطلاق مرتان ) ثم قال ( فلا جناح عليهما فيما افتدت به ) ثم قال ( فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ) فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسخا كسائر الفسوخ .

ووجه الثانية : أنها بذلت العوض للفرقة ، والفرقة التى يملك الزوج إيقاعها هى الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقا ولانه أتى بكناية الطلاق قاصداً فراقها فكان طلاقا كغير الخلع . وفائدة الروايتين أنا اذا قلنا هو طلقة فخالعها مرة حسبت طلقة فينقص بها عدد طلاقه ، وان خالعها ثلاثا طلقت ثلاثا فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره .

وان قلنا هو فسخ لم تحرم عليه ؛ وان خالعها مائة مرة ، وهذا الخلاف فيما اذا خالعها بغير لفظ الطلاق ولم ينوه ، فأما ان بذلت له العوض على فراقها فهو طلاق لا اختلاف فيه ، وان وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنايات الطلاق أو لفظ الخلع والمفاداة ونحوهما ونوى به الطلاق فهو طلاق أيضا لأنه كناية نوى الطلاق

فكانت طلاقا كما لو كان بغير عوض فإن لم ينو به الطلاق فهو الذى فيه الروايتان والله أعلم .

( فصــــل ) وألفاظ الخلع تنقسم الى صريح وكناية فالصريح ثلاثة ألفاظ خالعتك لأنه ثبت له العرف، والمفاداة لأنه ورد به القرآن بقوله سبحانه ( فلا جناح عليهما فيما افتدت به ) وفسخت نكاحك لأنه حقيقة فيه فاذا أتى بأحد هذه الالفاظ وقع من غير نية ، وما عدا هذه مثل بارأتك وأبرأتك وأبنتك فهو كناية لأن الخلع أحد نوعى الفرقة فكان له صريح وكناية كالطلاق : وهذا قول الشافعى الا أن له فى لفظ الفسخ وجهين فاذا طلبت الخلع وبذلت العوض فأجابها بصريح الخلع وكنايته صح من غير نية لأن دلالة الحال من سؤال الخلع وبذل العوض صارفة اليه فأغنى عن النية فيه . وان لم يكن دلالة حال فأتى بصريح الخلع وقع من غير نية سواء قلنا هو فسخ أو طلاق ، ولا يقع بالكناية الا بنية عن تلفظ به منهما ككنايات الطلاق مع صريحه والله أعلم .

## فصــــل

ولا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج ، قال القاضى : هذا الذى عليه شيوخنا البغداديون ، وقد أومأ اليه أحمد وذهب أبو حفص العكبرى وابن شهاب الى وقوع الفرقة بقبول الزوج للعوض وأفتى بذلك ابن شهاب بعكبرا . واعترض عليه أبو الحسين بن هرمز واستفتى عليه من كان ببغداد من أصحابنا فقال ابن شهاب المختلعة على وجهين : مستبرئة ومفتدية ، فالمفتدية هى التى تقول لا أنا ولا أنت ولا أبر لك قسما وأنا أفتدى نفسى منك فاذا قبل الفدية وأخذ المال انفسخ النكاح لان اسحاق بن منصور روى قال . قلت لاحمد كيف الخلع ؟ قال اذا أخذ المال فهى فرقة .

وقال ابراهيم النخعى أخذ المال تطليقة بائنة ونحو ذلك عن الحسن، وعن على رضى الله عنه من قبل مالا على فراق فهى تطليقه بائنه لا رجعة لها فيها ، واحتج بقول النبى صلى الله عليه وسلم لجميلة « أتردين عليه حديقته ؟ » قالت نعم ففرق رسول الله ( ص ) بينهما وقال « خذ ما أعطيتها ولا تزدد ولم يستدع منه لفظا »

ولأن دلالة الحال تغني عن اللفظ بدليل ما لو دفع ثوبه إلى قصار أو خياط معروفين بذلك فعملاه استحقا الأجرة وان لم يشترطا عوضاً .

ولنا أن هذا أحد نوعي الخلع فلم يصح بدون اللفظ كما لو سألته أن يطلقها بعوض . ولأنه تصرف في البضع بعوض فلم يصح بدون اللفظ كالنكاح والطلاق ولأن أخذ المال قبض لعوض فلم يقم بمجرده مقام الإيجاب كقبض أحد العوضين في البيع . ولأن الخلع ان كان طلاقاً فلا يقع بدون صريحه أو كنايته وان كان فسخاً فهو أحد طرفي عقد النكاح فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد .

وأما حديث جميلة فقد رواه البخاري « اقبل الحديقة وطلقها تطليقة » وهذا صريح في اعتبار اللفظ . وفي رواية فأمره ففارقها، ومن لم يذكر الفرقة فإنما اقتصر على بعض القصة بدليل رواية من روى الفرقة والطلاق فإن القصة واحدة والزيادة من الثقة مقبولة ، ويدل على ذلك أنه قال ففرق النبي ( ص ) بينهما وقال « خذ ما أعطيتها » فجعل التفريق قبل العوض ونسب التفريق الى النبي ( ص ) ومعلوم أن النبي صلى الله عليه وسلم لا يباشر التفريق فدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به، ولعل الراوي استغنى بذكر العوض عن ذكر اللفظ لأنه معلوم منه . وعلى هذا يحمل كلام أحمد وغيره من الأئمة ولذلك لم يذكروا من جانبها لفظاً ولا دلالة حال ولا بد منه اتفاقاً .

« مسألة » قال ( ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ولو واجهها به )

وجملة ذلك : أن المختلعة لا يلحقها طلاق بحال . وبه قال ابن عباس وابن الزبير وعكرمة وجابر بن زيد والحسن والشعبي ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور . وحكي عن أبي حنيفة أنه يلحقها الطلاق الصريح المعين دون الكناية . والطلاق المرسل وهو أن يقول كل إمرأة لي طالق :

وروى نحو ذلك عن سعيد بن المسيب وشريح وطاوس والنخعي والزهري والحكم وحماد والثوري لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة » .

ولنا : أنه قول ابن عباس وابن الزبير ولا نعرف لهما مخالفاً في عصرهما ،

ولأنها لا تحل له الا بنكاح جديد فلم يلحقها طلاقه كالمطلقة قبل الدخول أو المنقضية عدتها ولانه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالاجنبية، ولانها لا يقع بها الطلاق المرسل ولا تطلق بالكنايه فلم يلحقها الصريح المعين كما قبل الدخول ولا فرق بين أن يواجهها به فيقول أنت طالق أو لا يواجهها به مثل أن يقول: فلانه طالق. وحديثهم لا نعرف له أصلا ولا ذكره أصحاب السنن

(فصل) ولا يثبت فى الخلع رجعة سواء قلنا هو فسخ أو طلاق فى قول أكثر أهـــل العلم منهم الحسن وعطاء وطاوس والنخعى والثورى والأوزاعى ومالك والشافعى واسحاق، وحكى عن الزهرى وسعيد بن المسيب أنهما قالا الزوج بالخيار بين امساك العوض ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة، وقال أبو ثور: ان كان الخلع بلفظ الطلاق فله الرجعه، لان الرجعه من حقوق الطلاق فلا تسقط بالعوض كالولاء مع العتق.

ولنا قوله سبحانه وتعالى (فيما افتدت به) وانما يكون فداء اذا خرجت به عن قبضته وسلطانه، واذا كانت له الرجعه فهى تحت حكمه، ولأن القصد ازالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر وفارق الولاء فإن العتق لا ينفك منه والطلاق ينفك عن الرجعه فيما قبل الدخول واذا أكمل العدد.

## فصـــل

فإن شرط فى الخلع أن له الرجعه، فقال ابن حامد يبطل الشرط ويصح الخلع وهو قول أبى حنيفة واحدى الروايتين عن مالك، لأن الخلع لا يفسد بكون عوضه فاسداً فلا يفسد بالشرط الفسد كالنكاح، ولانه لفظ يقتضى البينونه، فإذا شرط الرجعة معه بطل الشرط كالطلاق الثلاث.

ويحتمل أن يبطل الخلع وتثبت الرجعه وهو منصوص الشافعى لأن شرط العوض والرجعة متنافيان فإذا شرطاهما سقطا وبقى مجرد الطلاق فتثبت الرجعه بالاصل لا بالشرط ولأنه شرط فى العقد ما ينافى مقتضاه فأبطله كما لو شرط أن لا يتصرف فى المبيع، واذا حكمنا بالصحه فقال القاضى يسقط المسمى فى العوض لانه لم يرض به عوضا حتى ضم اليه الشرط فإذا سقط الشرط وجب ضم النقصان

الذي نقصه من أجله اليه فيصير مجهولا فيسقط ويجب المسمى في العقد ، ويحتمل أن يجب المسمى لانهما تراضيا به عوضا فلم يجب غيره كمالو خلا عن شرط الرجعة

( فصل ) فإن شرط الخيار لها أو له يوما أو أكثر وقبلت المرأة صح الخلع وبطل الخيار ، وبه قال أبو حنيفة فيما اذا كان الخيار للرجل ، وقال اذا جعل الخيار للمرأة ثبت لها الخيار ولم يقع الطلاق .

ولنا : أن سبب وقوع الطلاق وجد وهو اللفظ به فوقع كما لو أطلق ومتى وقع فلا سبيل الى رفعه .

( فصل ) نقل مهنا في رجل قالت له امرأته اجعل أمري بيدي وأعطيك عبدي هذا فقبض العبد وجعل أمرها بيدها وباع العبد قبل أن تقول المرأة شيئا هو له انما قالت اجعل أمري بيدي وأعطيك فقيل له متى شاءت تختار؟ قال : نعم مالم يطأها أو ينقض فجعل له الرجوع مالم تطلق واذا رجع فينبغي أن ترجع عليه بالعوض لانه استرجع ما جعل لها فسترجع منه ما أعطته ، ولو قال : اذا جاء رأس الشهر فأمرك بيدك ملك ابطال هذه الصفة لان هذا يجوز الرجوع فيه لو لم يكن معلقا فمع التعليق أولى كالوكالة .

قال أحمد : ولو جعلت له امرأته ألف درهم على أن يخيرها فاختارت الزوج لا يرد عليها شيئا ووجهه أن الالف في مقابلة تمليكه اياها الخيار وقد فعل فاستحق الالف وليست الالف في مقابلة الفرقة .

## فصل

اذا قالت امرأته طلقني بدينار فطلقها ثم ارتدت لزمها الدينار ووقع الطلاق بائنا ولا تؤثر الردة لانها وجدت بعد البينونة ، وان طلقها بعد ردتها وقبل دخوله بها بانت بالردة ولم يقع الطلاق لانه صادفها بائنا فإن كان بعد الدخول ، وقلنا ان الردة ينفسخ بها النكاح في الحال فكذلك ، وان قلنا يقف على انقضاء العدة كان الطلاق مراعى . فإن أقامت على ردتها حتى انقضت عدتها تبينا أنها لم تكن زوجته حين طلقها فلم يقع ولاشيء له عليها ، وان رجعت الى الإسلام بان أن الطلاق صادف زوجة فوقع واستحق عليها العوض .

« مسألة » قال ( وإذا قالت له اخلعني على ما في يدي من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء لزمها ثلاثة دراهم )

وجملة ذلك أن الخلع بالمجهول جائز وله ما جعل له ، وهذا قول أصحاب الرأي وقال أبو بكر لا يصح الخلع ولا شيء له لأنه معاوضة فلا يصح بالمجهول كالبيع ، وهذا قول أبي ثور ، وقال الشافعي يصح الخلع وله مهر مثلها لأنه معاوضة بالبضع فإذا كان العوض مجهولا وجب مهر المثل كالنكاح .

ولنا أن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية ، ولأن الخلع إسقاط لحقه من البضع وليس فيه تمليك شيء ، والاسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح : وإذا صح الخلع فلا يجب مهر المثل لأنها لم تبذله ولا فوتت عليه ما يوجبه فإن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها أو رضاعها لمن ينفسخ به نكاحها لم يجب عليها شيء ، ولو قتلت نفسها أو قتلها أجنبي لم يجب للزوج عوض عن بضعها ، ولو وطئت بشبهة أو مكرهة لوجب المهر لها دون الزوج ولو طاوعت لم يكن للزوج شيء وإنما يتقوم البضع على الزوج في النكاح خاصة وأباح لها افتداء نفسها لحاجتها إلى ذلك فيكون الواجب ما رضيت ببذله . فأما إيجاب شيء لم ترض به فلا وجه له ، فعلى هذا إن خلعها على ما في يدها من الدراهم صح فإن كان في يدها دراهم فهي له ، وإن لم يكن في يدها شيء فله عليها ثلاثة ، نص عليه أحمد لأنه أقل ما يقع عليه اسم الدراهم حقيقة ولفظها دل على ذلك فاستحقه كما لو وصى له بدراهم ، وإن كان في يدها أقل من ثلاثة احتمل أن لا يكون له غيره لأنه من الدراهم وهو في يدها ، واحتمل أن يكون له ثلاثة كاملة لأن اللفظ يقتضيها فيها إذا لم يكن في يدها شيء فكذلك إذا كان في يدها .

( فصل ) والخلع على مجهول ينقسم أقساماً ، أحدها : أن يخالعها على عدد مجهول من شيء غير مختلف كالدنانير والدراهم كالتي يخالعها على ما في يدها من الدراهم فهي هذه التي ذكر الخرقي حكمها .

الثاني : أن يكون ذلك من شيء مختلف لا يعظم اختلافه مثل أن يخالعها

على عبد مطلق أو عبيد أو يقول : إن أعطيتني عبداً فأنت طالق فإنها تطلق بأى عبد أعطته إياه ويملكه بذلك ولا يكون له غيره . وكذلك إن خالعته عليه فليس له إلا ما يقع عليه اسم العبد ، وإن خالعته على عبيد فله ثلاثة ، هذا ظاهر كلام أحمد وقياس قوله وقول الخرقي في المسألة التي قبلها . وقد قال أحمد فيما اذا قال : اذا أعطيتني عبداً فأنت طالق فإذا أعطته عبداً فهي طالق ، والظاهر من كلامه ما قلناه ، وقال القاضي . له عليها عبد وسط وتأول كلام أحمد على أنها أعطته عبداً وسطا والظاهر خلافه .

ولنا أنها خالعته على مسمى مجهول فكان له أقل ما يقع عليه الاسم كما لو خالعها على ما في يدها من الدراهم ، ولأنه إذا قال ان أعطيتني عبداً فأنت طالق فأعطته عبداً فقد وجد شرطه فيجب أن يقع الطلاق كما لو قال : ان رأيت عبداً فأنت طالق ولا يلزمها أكثر منه لأنها لم تلتزم له شيئاً فلا يلزمها شيء كما لو طلقها بغير خلع .

الثالث : أن يخالعها على مسمى تعظم الجهالة فيه مثل أن يخالعها على دابة أو بعير أو بقرة أو ثوب أو يقول : ان أعطيتني ذلك فأنت طالق فالواجب في الخلع ما يقع عليه الاسم من ذلك ويقع الطلاق بها اذا أعطته اياه فيما اذا علق طلاقها على عطيته اياه ولا يلزمها غير ذلك في قياس ما قبلها . وقال القاضي وأصحابه من الفقهاء ترد عليه ما أخذت من صداقها لأنها فوتت البضع ولم يحصل له العوض لجهالته فوجب عليها قيمة ما فوتت وهو المهر .

ولنا ما تقدم ، ولأنها ما التزمت له المهر المسمى ولا مهر المثل فلم يلزمها كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ، ولأن المسمى قد استوفى بدله بالوطء فكيف يجب بغير رضى من يجب عليه ؟ والاشبه بمذهب أحمد أن يكون الخلع بالمجهول كالوصية به ، ومن هذا القسم لو خالعها على ما في بيتها من المتاع فإن كان فيه متاع فهو له قليلا كان أو كثيراً معلوما أو مجهولا ، وان لم يكن فيه متاع فله أقل ما يقع عليه اسم المتاع ، وفي قول القاضي عليها المسمى في الصداق ، وهو قول أصحاب الرأي والوجه للقولين ما تقدم .

الرابع : أن يخالعها على حمل أمتها أو غنمها أو غيرهما من الحيوان أو قال على

ما فى بطونها أو ضروعها فيصح الخلع ، وروى عن أبى حنيفة يصح الخلع على ما فى بطنها ولا يصح على حملها .

ولنا أن حملها هو ما فى بطنها فصح الخلع عليه كما لو قال على ما فى بطنها ، اذا ثبت هذا فإنه ان خرج الولد سليما أو كان فى ضروعها شيء من اللبن فهو له وان لم يخرج شيء ، فقال القاضى لا شيء له وهو قول مالك وأصحاب الرأى ، وقال ابن عقيل لها مهر المثل ، وقال أبو الخطاب له المسمى ، وان خالعها على ما يثمر نخلها أو تحمل أمتها صح ، قال أحمد اذا خالع امرأته على ثمرة نخلها سنين لجائز فإن لم يحمل نخلها ترضيه بشيء . قيل له فإن حمل نخلها ؟ قال هذا أجود من ذاك ، قيل له يستقيم هذا ؟ قال نعم جائز فيحتمل قول أحمد ترضيه بشيء أى له أقل ما يقع عليه اسم الثمرة أو الحمل فتعطيه من ذلك شيئا أى شيء كان مثل ما ألزمناه فى مسألة المتاع ، وقال القاضى لا شيء له وتأول قول أحمد ترضيه بشيء على الاستحباب لانه لو كان واجبا لتقدر بتقدير يرجع اليه ، وفرق بين هاتين المسألتين ومسألة الدراهم والمتاع حيث يرجع فيهما بأقل ما يقع عليه الاسم اذا لم يجد شيئا وههنا لا يرجع بشيء اذا لم يجد حملا ولا ثمرة ثم أوهمته أن معها دراهم وفى بيتها متاع لانها خاطبته بلفظ يقتضى الوجود مع امكان علمها به فكان له مادل عليه لفظها كما لو خالعته على عبد فوجده حراً ، وفى هاتين المسألتين دخل معها فى العقد مع تساويهما فى العلم فى الحال ورضاهما بما فيه من الاحتمال فلم يكن له شيء غيره كما لو قال خالعتك على هذا الحر ، وقال أبو حنيفة لا يصح العوض ههنا لانه معدوم .

ولنا أن ما جاز فى الحمل فى البطن جاز فيما يحمل كالوصية واختار أبو الخطاب أن له فى هذه الاقسام الثلاثة المسمى فى الصداق وأوجب له الشافعى مهر المثل ولم يصحح أبو بكر الخلع فى هذا كله وقد ذكرنا نصوص أحمد على جوازه والدليل عليه والله أعلم .

( فصل ) واذا خالعته على رضاع ولده سنتين صح وكذلك ان جعلا وقتا معلوما قل أو كثر ، وبهذا قال الشافعى ، لان هذا مما تصح المعاوضة عليه فى غير

الخلع فى الخلع أولى فإن خالعته على رضاع ولده مطلقا ولم يذكرا مدته صح أيضا وينصرف الى ما بقى من الحولين نص عليه أحمد قيل له ويستقيم هذا الشرط رضاع ولدها ، ولا يقول : ترضعه سنتين ؟ قال : نعم ، وقال أصحاب الشافعى لا يصح حتى يذكرا مدة الرضاع ، كما لا تصح الاجارة حتى يذكرا المدة .

ولنا أن الله تعالى قيده بالحولين ، فقال تعالى ( والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ) وقال سبحانه (وفصاله فى عامين ) وقال (وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ) ولم يبين مدة الحمل ههنا والفصال ، فحمل على ما فسرته الاية الأخرى وجعل الفصال عامين والحمل ستة أشهر .

وقال النبى صلى الله عليه وسلم « لا رضاع بعد فصال » يعنى بعد العامين ، فيحمل المطلق من كلام الادمى على ذلك أيضا ولا يحتاج الى وصف الرضاع ، لأن جنسه كاف ، كما لو ذكر جنس الخياطة فى الاجارة ، فإن ماتت المرضعة أو جف لبنها فعليها أجر المثل لما بقى من المدة ، وان مات الصبى فكذلك ، وقال الشافعى فى أحد قوليه : لا ينفسخ ، ويأتيها بصبى ترضعه مكانه لأن الصبى مستوفى به لا معقودا عليه فأشبه ما لو استأجر دابة ليركبها فمات .

ولنا أنه عقد على فعل فى عين فينفسخ بتلفها كما لو ماتت الدابة المستأجرة ، ولأن ما يستوفيه من اللبن انما يتقدر بحاجة الصبى وحاجات الصبيان تختلف ولا تنضبط فلم يجز أن يقوم غيره مقامه كما لو أراد ابداله فى حياته ، ولأنه لا يجوز ابداله فى حياته فلم يجز بعد موته كالمرضعة بخلاف راكب الدابة ، وإن وجد أحد هذه الامور قبل مضى شىء من المدة فعليها أجر رضاع مثله ، وعن مالك كقولنا وعنه لا يرجع بشىء ، وعن الشافعى كقولنا وعنه يرجع بالمهر .

ولنا أنه عوض معين تلف قبل قبضه فوجبت قيمته أو مثلها كما لو خالعها على قفيز فهلك قبل قبضه .

( فصل ) وان خالعها على كفالة ولده عشر سنين صح وان لم يذكر مدة الرضاع منها ولا قدر الطعام والادم ويرجع عند الاطلاق الى نفقة مثله ، وقال الشافعى : لا يصح حتى يذكر مدة الرضاع وقدر الطعام وجنسه وقدر الادم وجنسه ويكون المبلغ معلوما مضبوطا بالصفة كالمسلم فيه وما يحل منه كل يوم ، وصفى

الخلاف على اشتراط الطعام للأجير مطلقا . وقد ذكرناه فى الاجارة ودللنا عليه بقصة موسى عليه السلام وقول النبى صلى الله عليه وسلم « رحم الله أخى موسى آجر نفسه بطعام بطنه وعفة فرجه » ولأن نفقة الزوجة مستحقة بطريق المعاوضة وهى غير مقدرة كذا ههنا ، وللوالد أن يأخذ منها ما يستحقه من مؤنة الصبى وما يحتاج اليه ، لأنه بدل ثبت له فى ذمتها ، فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره ، فإن أحب أنفقه بعينه وان أحب أخذه لنفسه وأنفق عليه غيره ، وإن أذن لها فى انفاقه على الصبى جاز ، فإن مات الصبى بعد انقضاء مدة الرضاع فلأبيه أن يأخذ ما بقى من المؤنة ، وهل يستحقه دفعة أو يوما بيوم ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يستحقه دفعة واحدة ، ذكره القاضى فى الجامع ، واحتج بقول أحمد إذا خالعها على رضاع ولده فمات فى أثناء الحولين قال يرجع عليها بقية ذلك ولم يعتبر الأجل ، ولأنه إنما فرق لحاجة الولد اليه متفرقا ، فإذا زالت الحاجة الى التفريق استحق جملة واحدة .

والثانى : لا يستحقه إلا يوما بيوم ، ذكره القاضى فى المجرد وهو الصحيح ؛ لأنه ثبت منجما فلا يستحقه معجلا كما لو أسلم اليه فى خبز يأخذه منه كل يوم أرطالا معلومة ، فمات المستحق له ، ولان الحق لا يحل بموت المستوفى ، كما لو مات وكيل صاحب الحق ؛ وان وقع الخلاف فى استحقاقه بموت من هو عليه ، ولأصحاب الشافعى فى هذا وجهان كهذين ، وان ماتت المرأة خرج فى استحقاقه فى الحال وجهان كهذين بناء على أن الدين ، هل يحل بموت من هو عليه أم لا ؟

( فصل ) والعوض فى الخلع كالعوض فى الصداق والبيع إن كان مكيلا أو موزونا لم يدخل فى ضمان الزوج ولم يملك التصرف فيه إلا بقبضه ، وإن كان غيرهما دخل فى ضمانه بمجرد الخلع وصح تصرفه فيه .

قال أحمد فى إمرأة قالت لزوجها : اجعل أمرى بيدى وأعطيك هذا العبد ففعل ثم خيرت ، فاختارت نفسها بعد ما مات العبد جائز ، وليس عليها شىء . قال : ولو أعتقت العبد ثم اختارت نفسها لم يصح عتقها له فلم يصحح عتقها له ، لأن ملكها زال عنه بجعلها له عوضا فى الخلع ولم يضمنها إياه اذا تلف لأنه عوض معين غير مكيل ولا موزون فدخل فى ضمان الزوج بمجرد العقد ، ويخرج فيه وجه أنه

لا يدخل فى ضمانه ولا يصح تصرفه فيه ، حتى يقبضه كما ذكرنا فى عوض البيع وفى الصداق ، وأما المكيل والموزون فلا يصح تصرفه فيه ولا يدخل فى ضمانه حتى يقبضه ، فإن تلف قبل قبضه : فالواجب مثله ، لأنه من ذوات الأمثال ، وقد ذكر القاضى فى الصداق : أنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه . وان كان مكيلا أو موزونا . لأنه لا ينفسخ سببه بتلفه فههنا مثله .

« مسألة » قال ( وان خالعها على غير عوض كان خلعا ولا شىء له )

اختلفت الرواية عن أحمد فى هذه المسألة ، فروى عنه ابنه عبد الله ، قال : قلت لأبى رجل علقت به امرأته تقول اخلعنى ، قال : قد خلعتك ، قال : يتزوج بها ويجدد نكاحا جديداً وتكون عنده على ثنتين . فظاهر هذا صحة الخلع بغير عوض ، وهو قول مالك ، لأنه قطع للنكاح ، فصح من غير عوض كالطلاق . ولأن الاصل فى مشروعية الخلع أن توجد من المرأة رغبة عن زوجها وحاجة الى فراقه فتسأله فراقها ، فإذا أجابها حصل المقصود من الخلع ، فصح كما لو كان بعوض

قال أبو بكر : لا خلاف عن أبى عبد الله أن الخلع ما كان من قبل النساء فإذا كان من قبل الرجال فلا نزاع فى أنه طلاق تملك به الرجعة ولا يكون فسخا والرواية الثانية . لا يكون خلع الا بعوض ، روى عنه مهنا اذا قال لها : اخلعى نفسك ، فقالت : خلعت نفسى لم يكن خلعا الا على شىء ، الا أن يكون نوى الطلاق فيكون مانوى . فعلى هذه الرواية لا يصح الخلع الا بعوض ، فإن تلفظ به بغير عوض ونوى الطلاق كان طلاقا رجعيا لانه يصلح كناية عن الطلاق ، وان لم ينو به الطلاق لم يكن شيئا . وهذا قول أبى حنيفة والشافعى ، لأن الخلع ان كان فسخا فلا يملك الزوج فسخ النكاح الا بعيبها ، وكذلك لو قال : فسخت النكاح ولم ينو به الطلاق لم يقع شىء بخلاف ما إذا دخله العوض فإنه يصير معاوضة فلا يجتمع له العوض والمعوض ، وان قلنا : الخلع طلاق ، فليس بصريح فيه اتفاقا ، وإنما هو كناية ، والكناية لا يقع بها الطلاق إلا بنية أو بذل للعوض فيقوم مقام النية ، وما وجد واحد منهما ، ثم إن وقع الطلاق ، فإذا لم يكن بعوض لم يقتض البينونة الا أن تكمل الثلاث .

(فصل) إذا قالت : بعني عبدك هذا ، وطلقني بألف ففعل صح . وكان بيعا وخلعا بعوض واحد ؛ لأنهما عقدان يصح إفراد كل واحد منهما بعوض ، فصح جمعهما ، كبيع ثوبين ، وقد نص أحمد على الجمع بين بيع وصرف ، أنه يصح وهو نظير لهذا .

وذكر أصحابنا فيه وجها آخر : أنه لا يصح ، لأن أحكام العقدين تختلف ، والاول أصح لما ذكرنا ، وللشافعي فيه قولان أيضاً : فعلى قولنا يتقسط الالف على الصداق المسمى وقيمة العبد ، فيكون عوض الخلع مايخص المسمى ، وعوض العبد مايخص قيمته حتى لو ردته بعيب رجعت بذلك ، وإن وجدته حراً أومغصوبا رجعت به لانه عوضه ، فإن كان مكان العبد شقص مشفوع ففيه الشفعة ويأخذ الشفيع بحصة قيمته من الألف لأنها عوضه .

## ( فصل )

وان خالعها على نصف دار صح ، ولا شفعة فيه لانه عوض عما لا قيمة له ، ويتخرج أن فيه شفعة لأن له عوضا : وهل يأخذه الشفيع بقيمته أو بمثل المهر على وجهين ، فأما إن خالعها ودفع اليها ألفا بنصف دارها صح ولا شفعة أيضاً ، وقال أبو يوسف ومحمد : تجب الشفعة فيما قابل الالف لانه عوض مال .

ولنا أن إيجاب الشفعة تقويم للبضع في حق غير الزوج ، والبضع لا يتقوم في حق غيره ، ولان الزوج ملك الشقص صفقة واحدة من شخص واحد ، فلا يجوز للشفيع أخذ بعضه ، كما لو اشتراه بثمن واحد .

(مسألة) قال (ولو خالعها على ثوب فخرج معيبا ، فهو مخير بين أن يأخذ أرش العيب أو قيمة الثوب ويرده)

وجملة ذلك : أن الخلع يستحق فيه رد عوضه بالعيب ، أو أخذ الارش لانه عوض في معاوضة ، فيستحق فيه ذلك ، كالبيع والصداق ، ولا يخلو إما أن يكون على معين ، مثل أن تقول : أخلعني على هذا الثوب ، فيقول : خلعتك ، ثم تجد به عيبا لم يكن علم به فهو مخير بين رده وأخذ قيمته وبين أخذ أرشه ، وإن قال إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق ، فأعطته إياه طلقت وملكه .

قال أصحابنا : والحكم فيه كالو خالعها عليه ، وهذا مذهب الشافعي الا أنه لا يجعل له المطالبه بالأرش مع امكان رده ، وهذا أصل ذكرناه في البيع ، وله أيضا قول : انه اذا رده رجع بمهر المثل ، وهذا الأصل ذكر في الصداق ، وان خالعها على ثوب موصوف في الذمة واستقصى صفات السلم صح وعليها أن تعطيه اياه سليما ، لان اطلاق ذلك يقتضي السلامة كما في البيع والصداق : فإن دفعته اليه معيبا أو ناقصا عن الصفات المذكورة ، فله الخيار بين امساكه أو رده والمطالبة بثوب سليم على تلك الصفة . لأنه انما وجب في الذمة سليما تام الصفات ، فيرجع بما وجب له ، لانها ما أعطته الذي وجب له عليها .

وان قال : ان أعطيتني ثوبا صفته كذا وكذا ، فأعطته ثوبا على تلك الصفات طلقت وملكه ، وان أعطته ناقصا صفة لم يقع الطلاق ولم يملكه ، لأنه ما وجد الشرط ، فإن كان على الصفة لكن به عيب ، وقع الطلاق لوجود شرطه ، قال القاضي : ويتخير بين امساكه ورده والرجوع بقيمته ، وهذا قول الشافعي ، الا أن له قولا انه يرجع بمهر المثل على ما ذكرنا وعلى ما قلنا نحن فيما تقدم : أنه اذا قال : اذا أعطيتني ثوبا أو عبداً أو هذا الثوب أو هذا العبد فأعطته اياه معيبا طلقت وليس له شيء سواه ، وقد نص أحمد على من قال : ان أعطيتني هذا الالف فأنت طالق ، فأعطته اياه فوجده معيبا ، فليس له البدل .

وقال أيضا : اذا قال : ان أعطيتني عبداً فأنت طالق ، فإذا أعطته عبداً فهي طالق ويملكه ، وهذا يدل على أن كل موضع قال ان أعطيتني كذا فأعطته اياه : فليس له غيره . وذلك لان الإنسان لا يلزمه في ذمته شيء الا بالزام أو التزام ولم يرد الشرع بإلزامها هذا ولا هي التزمته له ، وانما علق طلاقها على شرط وهو عطيتها له ذلك فلا يلزمها شيء ســواه ، ولأنها لم تدخل معه في معاوضة ، وانما حققت شرط الطلاق فأشبه ما لو قال: ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلت أو ما لو قال : ان أعطيت أباك عبداً فأنت طالق فأعطته اياه .

( فصل ) اذا قال : ان أعطيتني ألف درهم ، فأنت طالق ، فأعطته ألفا أو أكثر طلقت لوجود الصفة ، وان أعطته دون ذلك لم تطلق لعدمها ، وان أعطته ألفا وازنة تنقص في العدد طلقت ، وان أعطته ألفا عدداً تنقص في الوزن لم تطلق

لأن إطلاق الدرهم ينصرف إلى الوازن من دراهم الإسلام وهي ما كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل .

ويحتمل أن الدراهم متى كانت تنفق برءوسها من غير وزن طلقت ، لأنها يقع عليها اسم الدراهم ويحصل منها مقصودها : ولا تطلق إذا أعطته وازنة تنقص فى العدد لذلك . وإن أعطته الفا رديئة لنحاس فيها أو رصاص أو نحوه لم تطلق ، لان إطلاق الالف يتناول ألفا من الفضة ، وليس فى هذه ألف من الفضة ، وان زادت على الالف بحيث يكون فيها ألف فضة طلقت ، لأنها قد أعطته ألفا فضة وان أعطته سبيكة تبلغ ألفا لم تطلق لانها لاتسمى دراهم ، فلم توجد الصفه بخلاف المغشوشة فإنها تسمى دراهم ، وان أعطته ألفا رديء الجنس لخشونة أو سواد أو كانت وحشة السكة طلقت لأن الصفة وجدت . قال القاضي : وله ردها وأخذ بدلها ، وهذا قد ذكرناه فى المسألة التى قبلها .

## فصل

وان قال ان أعطيتنى ثوبا مرويا فأنت طالق فأعطته هرويا لم تطلق لان الصفة التى علق الطلاق عليها لم توجد ، وان أعطته مرويا طلقت ، وان خالعها على مروى فأعطته هرويا فالخلع واقع ويطالبها بما خالعها عليه ، وان خالعها على ثوب بعينه على أنه مروى فبان هرويا فالخلع صحيح لأن جنسهما واحد ، وانما ذلك اختلاف صفة فجرى مجرى العيب فى العوض وهو مخير بين امساكه ولا شيء له غيره وبين رده وأخذ قيمته لو كان مرويا لأن مخالفة الصفة بمنزلة العيب فى جواز الرد .

وقال أبو الخطاب : وعندى لا يستحق شيئا سواه لأن الخلع على عينه وقد أخذه ، وان خالعها على ثوب على أنه قطن فبان كتانا لزم رده ولم يكن له امساكه لأنه جنس آخر واختلاف الأجناس كاختلاف الأعيان بخلاف ما لو خالعها على مروى فخرج هرويا فإن الجنس واحد .

( فصل ) كل موضع علق طلاقها على عطيتها اياه فمتى أعطته على صفة يمكنه القبض وقع الطلاق سواء قبضه منها أو لم يقبضه لان العطية وجدت ، فانه يقال : أعطته فلم يأخذ ، ولأنه علق اليمين على فعل من جهتها والذى من جهتها فى العطية

البذل على وجه يمكنه قبضه ، فإن هرب الزوج أو غاب قبل عطيتها أو قالت يضمنه لك زيد أو اجعله قصاصاً عما لي عليك أو أعطنه به رهناً أو أحالته به لم يقع الطلاق لأن العطية ما وجدت ولا يقع الطلاق بدون شرطه ، وكذلك كل موضع تعذر العطية فيه لا يقع الطلاق سواء كان التعذر من جهته أو من جهتها أو من جهة غيرهما لانتفاء الشرط : ولو قالت طلقني بألف فطلقها استحق الألف وبانت وإن لم يقبض ، نص عليه أحمد ، قال أحمد ولو قالت لا أعطيك شيئاً يأخذها بالألف ، يعني ويقع الطلاق لأن هذا ليس بتعليق على شرط بخلاف الأول .

( فصل ) وتعليق الطلاق على شرط العطية أو الضمان أو التمليك لازم من جهة الزوج لزوما لا سبيل إلى دفعه فإن الغالب فيها حكم التعليق المحض بدليل صحة تعليقه على الشروط ويقع الطلاق بوجود الشرط سواء كانت العطية على الفور أو التراخي ، وقال الشافعي إن قال متى أعطيتني أو متى ما أعطيتني ، أو أي حين أو أي زمان أعطيتني ألفا فأنت طالق فذلك على التراخي ، وإن قال إن أعطيتني أو إذا أعطيتني ألفا فأنت طالق فذلك على الفور فإن أعطته جوابا لكلامه وقع الطلاق ، وإن تأخر العطاء لم يقع الطلاق لأن قبول المعاوضات على الفور فإذا لم يوجد منه تصريح بخلافه وجب حمل ذلك على المعاوضات بخلاف متى وأي فإن فيهما تصريحا بالتراخي ونصا فيه ، وإن صارا معاوضة فإن تعليقه بالصفة جائز أما [ إن وإذا ] فإنهما يحتملان الفور والتراخي فإذا تعلق بهما العوض حملا على الفور .

ولنا أنه علق الطلاق بشرط الإعطاء فكان على التراخي كسائر التعليق أو نقول : علق الطلاق بحرف مقتضاه التراخي فكان على التراخي كما لو خلا عن العوض ، والدليل على أن مقتضاه التراخي أنه يقتضيه إذا خلا عن العوض ومقتضيات الألفاظ لا تختلف بالعوض وعدمه ، وهذه المعاوضة معدول بها عن سائر المعاوضات بدليل جواز تعليقها على الشروط ويكون على التراخي فيما إذا علقها بمتى أو بأي فكذلك في مسألتنا ، ولا يصح قياس ما نحن فيه على غيره من المعاوضات لما ذكرنا من الفرق ثم يبطل قياسهم بقول السيد لعبده إن أعطيتني ألفا فأنت حر فانه كمسألتنا وهو على التراخي ، على أننا قد ذكرنا أن حكم هذا اللفظ حكم الشرط المطلق .

( فصـــل )

إذا قال لامرأته أنت طالق بألف إن شئت لم تطلق حتى تشاء فاذا شاءت وقع الطلاق بائنا ويستحق الألف سواء سألته الطلاق فقالت طلقني بألف فأجابها أو قال ذلك لها ابتداء لأنه علق طلاقها على شرط فلم يوجد قبل وجوده ، وتعتبر مشيئتها بالقول فانها وإن كان محلها القلب فلا يعرف ما في القلب إلا بالنطق فيعلق الحكم به ويكون ذلك على التراخي فمتى شاءت طلقت ، نص عليه أحمد ، ومذهب الشافعي كذلك إلا في أنه على الفور عنده . ولو أنه قال لامرأته أمرك بيدك ان ضمنت لي ألفا . فقياس قول أحمد أنه على التراخي ، لأنه نص على أن أمرك بيدك على التراخي ، ونص على أنه إذا قال لها أنت طالق ان شئت أن لها المشيئة بعد مجلسها . ومذهب الشافعي أنه على الفور لما تقدم .

ولنا أنه لو قال لعبده ان ضمنت لي ألفا فأنت حر كان على التراخي ، ولو قال له أنت حر على ألف ان شئت كان على التراخي والطلاق نظير العتق ، فعلى هذا متى ضمنت له ألفا كان أمرها بيدها وله الرجوع فيما جعل اليها لأن أمرك بيدك توكيل منه لها فله الرجوع فيه كما يرجع في الوكالة ، وكذلك لو قال لزوجته طلقي نفسك ان ضمنت لي ألفا فمتى ضمنت له ألفا وطلقت نفسها وقع ما لم يرجع ، وإن ضمنت الألف ولم تطلق أو طلقت ولم تضمن لم يقع الطلاق .

( مسألة ) قال ( واذا خالعها على عبد فخرج حراً أو استحق فله عليها قيمته )

وجملة ذلك أن الرجل اذا خالع امرأته على عوض يظنه مالا فبان غير مال مثل أن يخالعها على عبد بعينه فيبين حراً أو مغصوبا أو على خل فيبين خمراً ، فان الخلع صحيح في قول أكثر أهل العلم ، لأن الخلع معاوضة بالبضع فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح ولكنه يرجع عليها بقيمته لو كان عبداً ، وبهذا قال أبو ثور وصاحبا أبي حنيفة ، وان خالعها على هذا الدن الخل فبان خمراً رجع عليها بمثله خلا لأن الخل من ذوات الأمثال ، وقد دخل على أن هذا المعين خل فكان له مثله كما لو كان خلا فتلف قبل قبضه ، وقد قيل يرجع بقيمة مثله خلا لأن الخمر ليس من ذوات الامثال ، والصحيح الاول لانه انما وجب عليها مثله لو كان خلا كما توجب

قيمة الحر بتقدير كونه عبداً؟ فان الحر لا قيمة له، وقال أبو حنيفة فى المسألة كلها يرجع بالمسمى؛ وقال الشافعى يرجع بمهر المثل، لانه عقد على البضع بعوض فاسد فأشبه النكاح بخمر: واحتج أبو حنيفة بأن خروج البضع لا قيمة له فاذا غرته رجع عليها بما أخذت . . .

ولنا أنها عين يجب تسليمها مع سلامتها وبقاء سبب الاستحقاق فوجب بدلها مقدراً بقيمتها أو مثلها كالمغصوب والمستعار، واذا خالعها على عبد فخرج مغصوبا أو أم ولد، فان أبا حنيفة يسلمه ويوافقنا فيه.

(فصل) وان خالعها على محرم يعلمان تحريمه كالحر والخمر والخنزير والميتة، فهو كالخلع بغير عوض سواء لا يستحق شيئا: وبه قال مالك وأبو حنيفة، وقال الشافعى: له عليها مهر المثل لانه معاوضة بالبضع فاذا كان العوض محرما وجب مهر المثل كالنكاح.

ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ما أسلفنا فاذا رضى بغير عوض لم يكن له شيء كما لو طلقها أو علق طلاقها على فعل شيء ففعلته وفارق النكاح فان دخول البضع فى ملك الزوج متقوم، ولا يلزم اذا خالعها على عبد فبان حرا لانه لم يرض بغير عوض متقوم فيرجع بحكم الغرور وههنا رضى بما لا قيمة له، اذا تقرر هذا فان كان الخلع بلفظ الطلاق فهو طلاق رجعى لانه خلا عن عوض، وان كان بلفظ الخلع وكنايات الخلع ونوى به الطلاق فكذلك، لان الكنايات مع النية كالصريح. وان كان بلفظ الخلع ولم ينو الطلاق انبنى على أصل وهو أنه هل يصح الخلع بغير عوض؟ وفيه روايتان، فان قلنا يصح صح ههنا، وان قلنا لا يصح لم يصح ولم يقع شيئا. وان قال ان أعطيتنى خمرا أو ميتة فأنت طالق فأعطته ذلك طلقت ولا شيء عليها، وعند الشافعى عليها مهر المثل كقوله فى التى قبلها.

(فصل) فان قال ان أعطيتنى عبدا فأنت طالق فأعطته مدبرا أو معتقا نصفه وقع الطلاق بهما لانهما كالقن فى التمليك، وان أعطته حرا أو مغصوبا أو مرهونا لم تطلق، لان العطية انما تتناول ما يصح تمليكه وما لا يصح تمليكه لا تكون معطية له. وان قال ان أعطيتنى هذا العبد فأنت طالق فأعطته اياه فاذا هو حر أو مغصوب

لم تطلق أيضا لما ذكره أبو بكر وأوما إليه أحمد ، وذكر القاضى وجها آخر أنه يقع الطلاق قال وأوما إليه أحمد فى موضع آخر لأنه إذا عينه فقد قطع اجتهادها فيه ، فإذا أعطته إياه وجدت الصفة فوقع الطلاق بخلاف غير المعين ، ولأصحاب الشافعى أيضا وجهان كذلك وعلى قولهم يقع الطلاق هل يرجع بقيمته أو بمهر المثل ؟ على وجهين .

ولنا أن العطية إنما معناها المتبادر إلى الفهم منها عند إطلاقها التمكن من تملكه بدليل غير المعين ، ولأن العطية ههنا التمليك بدليل حصول الملك بها فيما إذا كان العبد مملوكا لها وانتفاء الطلاق فيما اذا كان غير معين .

« مسألة » قال ( واذا قالت له طلقنى ثلاثا بألف فطلقها واحدة لم يكن له شىء ولزمها تطليقة )

أما وقوع الطلاق بها فلا خلاف فيه . وأما الألف فلا يستحق منه شيئا ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى : له ثلث الألف ، لأنها استدعت منه فعلا بعوض فاذا فعل بعضه استحق بقسطه من العوض كما لو قال من رد عبيدى فله ألف فرد ثلثهم استحق ثلث الألف ، وكذلك فى بناء الحائط وخياطة الثوب .

ولنا أنها بذلت العوض فى مقابلة شىء لم يجبها اليه فلم يستحق شيئا ، كما لو قال فى المسابقة من سبق الى خمس اصابات فله ألف ، فسبق الى بعضها أو قالت بعنى عبديك بألف فقال : بعتك أحدهما بخمسمائة ، وكما لو قالت طلقنى ثلاثا على ألف فطلقها واحدة فان أبا حنيفة وافقنا فى هذه الصورة على أنه لا يستحق شيئا ، فان قيل الفرق بينهما أن الباء للعوض دون الشرط وعلى للشرط فكأنها شرطت فى استحقاقه الألف أن يطلقها ثلاثا ، قلنا : لا نسلم أن على للشرط فانها ليست مذكورة فى حروفه وانما معناها ومعنى الباء واحد ، وقد سوى بينهما فيما اذا قالت طلقنى وضرتى بألف أو على ألف ومقتضى اللفظ لا يختلف بكون المطلقة واحدة أو اثنتين .

( فصل ) فان قالت طلقنى ثلاثا ولك ألف فهى كالتى قبلها ان طلقها أقل من ثلاث وقع الطلاق ولا شىء له ، وان طلقها ثلاثا استحق الألف ، ومذهب

الشافعي وأبي يوسف ومحمد فيها كمذهبهم في التي قبلها ، وقال أبو حنيفة لا يستحق شيئا ، وان طلقها ثلاثا لانه لم يعلق الطلاق بالعوض .

ولنا أنها استدعت منه الطلاق بالعوض فأشبه ما لو قال رد عبدي ولك ألف مرده ، وقوله لم يعلق الطلاق بالعوض غير مسلم فان معنى الكلام ولك ألف عوضا عن طلاق فان قرينة الحال دالة عليه . وان قالت طلقني وضرتي بألف أو على ألف علينا فطلقها وحدها طلقت وعليها قسطها من الالف لان عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين وخلعه للمرأتين بعوض عليهما خلعان فجاز أن ينفرد أحدهما صحيحا موجبا للعوض دون الآخر ، وان كان العوض منها وحدها فلا شيء له في قياس المذهب لان العقد لا يتعدد بتعدد العوض ولذلك لو اشترى منه عبدين بثمن واحد كان عقداً واحدا بخلاف ما اذا كان العاقد من أحد الطرفين اثنين فانه يكون عقدين .

( فصل )

وان قالت طلقني ثلاثا بألف ولم يبق من طلاقها الا واحدة فطلقها واحدة أو ثلاثا بانت بثلاث ، قال أصحابنا ويستحق الالف علمت أو لم تعلم وهو منصوص الشافعي ، وقال المزني : لا يستحق الا ثلث الالف ، لانه انما طلقها ثلث ما طلبت منه فلا يستحق الا ثلث الالف كما لو كان طلاقها ثلاثا ، وقال ابن سريج ان علمت أنه لم يبق من طلاقها الا طلقة استحق الالف وان لم تعلم كقول المزني لانها ان كانت عالمة كان معنى كلامها كمل لي الثلاث وقد فعل ذلك ، ووجه قول أصحابنا أن هذه الواحدة كملت الثلاث وحصلت ما يحصل بالثلاث من البينونة وتحريم العقد فوجب بها العوض كما لو طلقها ثلاثا .

( فصل ) فان لم يبق من طلاقها الا واحدة فقالت طلقني بألف واحدة أبين بها واثنتين في نكاح آخر فقال أبو بكر قياس قول أحمد أنه اذا طلقها واحدة استحق العوض فان تزوج بها بعد ذلك ولم يطلقها رجعت عليه بالعوض لانها بذلت العوض في مقابلة ثلاث فاذا لم يوقع الثلاث لم يستحق العوض كما لو كانت ذات طلقات ثلاث فقالت طلقني ثلاثا فلم يطلقها الا واحدة ومقتضى هذا أنه اذا

لم ينكحها نكاحا آخر أنها ترجع عليه بالعوض وإنما يفوت نكاحه إياها بموت أحدهما وان نكحها نكاحا آخر وطلقها اثنتين لم ترجع عليه بشيء وان لم يطلقها إلا واحدة رجعت عليه بالعوض كله .

وقال القاضي الصحيح في المذهب أن هذا لا يصح في الطلقتين الآخرتين لأنه سلف في طلاق ولا يصح السلم في الطلاق ولأنه معاوضة على الطلاق قبل النكاح والطلاق قبل النكاح لا يصح فالمعاوضة عليه أولى فإذا بطل فيهما انبنى ذلك على تفريق الصفقة فإذا قلنا تفرق فله ثلث الألف ، وان قلنا لا تفرق فسد العوض في الجميع ويرجع بالمسمى في عقد النكاح .

( فصـــل )

وان قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثا استحق الألف ، وقال محمد بن الحسن : قياس قول أبي حنيفة أنه لا يستحق شيئا ، لأن الثلاث مخالفة للواحدة لأن تحريمها لا يرتفع إلا بزوج وإصابة وقد لا تريد ذلك ولا تبذل العوض فيه فلم يكن ذلك إيقاع لما استدعته بل هو إيقاع مبتدأ فلم يستحق به عوضا .

ولنا أنه أوقع ما استدعته وزيادة لأن الثلاث واحدة واثنتان وكذلك لو قال طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة وقع فيستحق العوض بالواحدة وما حصل من الزيادة التي لم تبذل العوض فيها لا يستحق بها شيئا ، فان قال لها أنت طالق بألف وطالق وطالق وقعت الأولى بائنة ولم تقع الثانية ولا الثالثة لأنهما جاءا بعد بينونتها . وهذا مذهب الشافعي

وإن قال لها أنت طالق وطالق وطالق بألف وقع الثلاث . وان قال أنت طالق وطالق وطالق ولم يقل بألف قيل له أيتهن أوقعت بالالف ؟ فإن قال الأولى بانت بها ولم يقع ما بعدها ، وان قال الثانية بانت بها ووقعت بها طلقتان ولم تقع الثالثة وان قال الثالثة وقع الكل

وان قال نويت أن الالف في مقابلة الكل بانت بالأولى وحدها ولم يقع بها ما بعدها لان الاولى حصل في مقابلتها عوض وهو قسطها من الألف فبانت بها وله ثلث الالف لانه رضي بأن يوقعها بذلك مثل ان تقول طلقني بألف فيقول أنت طالق بخمسمائة . هكذا ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي

ويحتمل أن يستحق الألف لأنه أتى بما بذلت العوض فيه بنية العوض فلم يسقط بعضه بنيته كما لو قالت رد عبدي بألف فرده ينوي خمسمائة ، وإن لم ينو شيئا استحق الألف بالاولى ولم يقع بها ما بعدها ، ويحتمل أن تقع الثلاث لأن الواو للجمع ولا تقتضي ترتيبا فهو كقوله أنت طالق ثلاثا بألف وكذلك لو قال لغير مدخول بها أو قال أنت طالق وطالق وطالق بألف طلقت ثلاثا .

( فصـــل )

وإذا قالت طلقني بألف أو على أن لك ألفا أو إن طلقتني فلك علي ألف فقال أنت طالق استحق الالف وان لم يذكره لأن قوله جواب لما استدعته منه والسؤال معاد في الجواب فأشبه ما لو قالت بعني عبدك بألف فقال بعتكه . وان قالت اخلعني بألف فقال أنت طالق ، فإن قلنا الخلع طلقة بائنة وقع واستحق العوض لانه أجابها الى ما بذلت العوض فيه .

وان قلنا هو فسخ احتمل أن يستحق العوض أيضاً لان الطلاق يتضمن ما طلبته وهو بينونتها وفيه زيادة نقصان العدد فأشبه ما لو قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثا احتمل أن لا يستحق شيئاً لانها استدعت منه فسخا فلم يجبها اليه واوقع طلاقا ما طلبته ولا بذلت فيه عوضا ، فعلى هذا يحتمل أن يقع الطلاق رجعيا لانه أوقعه مبتدئا به غير مبذول فيه عوض فأشبه مالو طلقها ابتداء ، ويحتمل أن لا يقع لانه أوقعه بعوض فإذا لم يحصل العوض لم يقع لانه كالشرط فيه فأشبه ما لو قال : ان أعطيتني ألفا فأنت طالق ، وان قالت طلقني بألف فقال خلعتك فإن قلنا هو طلاق استحق الالف لانه طلقها وان نوى به الطلاق فكذلك لأنه كناية فيه وان لم ينو الطلاق ، وقلنا ليس بطلاق لم يستحق عوضا لأنه ما اجابها الى ما بذلت العوض فيه ولا يتضمنه لأنها سألته طلاقا ينقص به عدد طلاقه فلم يجبها اليه واذا لم يجب العوض لم يصح الخلع لأنه انما خالعها معتقداً لحصول العوض فإذا لم يحصل لم يصح ، ويحتمل ان يكون كالخلع بغير عوض وفيه من الخلاف ما فيه .

( فصل ) ولو قالت له طلقني عشراً بألف فطلقها واحدة أو اثنتين فلا شيء له لأنه لم يجبها الى ما سألت فلم يستحق عليها ما بذلت ، وان طلقها ثلاثا استحق

الألف على قياس قول أصحابنا فيما إذا قالت طلقني ثلاثاً بألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة استحق الألف لأنه قد حصل بذلك جميع المقصود .

( فصل ) ولو لم يبق من طلاقها إلا واحدة فقالت طلقني ثلاثا بألف فقال أنت طالق طلقتين الأولى بألف والثانية بغير شيء وقعت الأولى واستحق الألف ولم تقع الثانية ، وإن قال الأولى بغير شيء وقعت وحدها ولم يستحق شيئا ، لأنه لم يجعل لها عوضا وكملت الثلاث ، وإن قال إحداهما بألف لزمها الألف ، لأنها طلبت منه طلقة بألف فأجابها اليها وزادها أخرى :

## فصل

وإن قالت طلقني بألف إلى شهر أو أعطته ألفا على أن يطلقها إلى شهر فقال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق صح ذلك واستحق العوض ووقع الطلاق عند رأس الشهر بائنا ، لأنه بعوض ، وإن طلقها قبل مجيء الشهر طلقت ولا شيء له ذكره أبو بكر وقال روى ذلك عن أحمد علي بن سعيد وذلك لأنه إذا طلقها قبل رأس الشهر فقد اختار إيقاع الطلاق من غير عوض ، وقال الشافعي إذا أخذ منها ألفا على أن يطلقها إلى شهر فطلقها بألف بانت وعليها مهر المثل ، لأن هذا سلف في طلاق فلم يصح لأن الطلاق لا يثبت في الذمة ، ولأنه عقد تعلق بعين فلا يجوز شرط تأخير التسليم فيه .

ولنا أنها جعلت له عوضا صحيحا على طلاقها فإذا طلقها استحقه كما لو لم يقل إلى شهر ، ولأنها جعلت له عوضا صحيحا على طلاقها فلم يستحق أكثر منه كالأصل ، وإن قالت لك ألف على أن تطلقني أي وقت شئت من الآن إلى شهر صح في قياس المسألة التي قبلها ، وقال القاضي : لا يصح ، لأن زمن الطلاق مجهول فإذا طلقها فله مهر المثل ، وهذا مذهب الشافعي لأنه طلقها على عوض لم يصح لفساده .

ولنا ما تقدم في التي قبلها ، ولا تضر الجهالة في وقت الطلاق لأنه مما يصح تعليقه على الشرط فصح بذل العوض فيه مجهول الوقت كالجعالة ، ولأنه لو قال متى أعطيتني ألفا فأنت طالق صح ، وزمنه مجهول أكثر من الجهالة ههنا فإن الجهالة ههنا في شهر واحد وثم في العمر كله ، وقول القاضي له مهر المثل مخالف لقياس

المذهب فإنه ذكر في المواضع التي يفسد فيها العوض أن له المسمى فكذلك يجب أن يكون هٰهنا إن حكمنا بفساده والله أعلم .

( فصل ) إذا قال لها أنت طالق وعليك ألف وقعت طلقة رجعية ولا شيء عليها ، لانه لم يجعل له العوض في مقابلتها ولا شرطا فيها وإنما عطف ذلك على طلاقها فأشبه ما لو قال أنت طالق وعليك الحج فإن أعطته المرأة عن ذلك عوضا لم يكن عوضا لانه لم يقابله شيء وكان ذلك هبة مبتدأة يعتبر فيه شرائط الهبة ، وإن قالت المرأة ضمنت لك ألفا لم يصح لان الضمان إنما يكون عن غير الضامن لحق واجب أو مآله إلى الوجوب وليس هٰهنا شيء من ذلك .

وذكر القاضي أنه يصح لان ضمان ما لم يجب يصح ، ولم أعرف لذلك وجها الا أن يكون أراد أنها اذا قالت له قبل طلاقها ضمنت لك ألفا على أن تطلقني فقال أنت طالق وعليك ألف فانه يستحق الالف . وكذلك اذا قالت طلقني طلقة بألف فقال أنت طالق وعليك ألف وقع الطلاق وعليها ألف لان قوله أنت طالق يكفي في صحة الخلع واستحقاق العوض وما وصل به تأكيد ، فإن اختلفا فقال أنت استدعيت مني الطلاق بالالف فأنكرته فالقول قولها لان الاصل عدمه فإذا حلفت برئت من العوض وبانت لان قوله مقبول في بينونتها لانها حقه ، غير مقبول في العوض لانه عليها . وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة ، وان قال ما استدعيت مني الطلاق وانما أنا ابتدأت فلي عليك الرجعة وادعت أن ذلك كان جوابا لاستدعائها فالقول قول الزوج لان الاصل معه ولا يلزمها الالف لانه لا يدعيه ، وان قال أنت طالق على الالف فالمنصوص عن أحمد أن الطلاق يقع رجعيا كقوله أنت طالق وعليك ألف فإنه قال في رواية مهنا في الرجل يقول لامرأته أنت طالق على ألف درهم فلم تقل هي شيئا فهي طالق يملك الرجعة ثانيا ، وقال القاضي في المجرد ذلك للشرط تقديره ان ضمنت لي ألفا فأنت طالق فإن ضمنت له ألفا وقع الطلاق بائنا والا لم يقع . وكذلك الحكم اذا قال أنت طالق على أن عليك فقياس قول أحمد الطلاق يقع رجعيا ولا شيء له وعلى قول القاضي ان قبلت ذلك لزمها الالف وكان خلعا والا لم يقع الطلاق وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو أيضا ظاهر كلام الخرقي ، لانه استعمل (على) بمعنى الشرط

فى مواضع من كتابه منها قوله ( واذا أنكحها على أن لا يتزوج عليها فلها فراقه ان تزوج عليها ) وذلك أن على تستعمل بمعنى الشرط بدليل قول الله تعالى فى قصة شعيب ( انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج ) وقال ( فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سدا ؟ ) وقال موسى ( هل أتبعك على أن تعلمنى مما علمت رشدا ؟ ) ولو قال فى النكاح زوجتك ابنتى على صداق كذا صح ، واذا أوقعه بعوض لم يقع بدونه وجرى مجرى قوله أنت طالق ان أعطيتنى ألفا أو ضمنت لى ألفا ، ووجه الاول أنه أوقع الطلاق غير معلق بشرط وجعل عليها عوضا لم تبذله فوقع رجعيا من غير عوض كما لو قال أنت طالق وعليك ألف ، ولان على ليست للشرط ولا للمعاوضة ولذلك لا يصح أن يقول : بعتك ثوبى على دينار .

( فصل ) واذا قال أنت طالق ثلاثا بألف فقالت قبلت واحدة منها بألف وقع الثلاث واستحق الالف لان ايقاع الطلاق اليه وانما علقه بعوض يجرى مجرى الشرط من جهتها وقد وجد الشرط فيقع الطلاق ، وان قالت قبلت بألفين وقع ولم يلزمها الالف الزائد لان القبول لما أوجبه دون مالم يوجبه ، وان قالت قبلت بخمسمائة لم يقع لان الشرط لم يوجد : وان قالت قبلت واحدة من الثلاث بثلث الالف لم يقع لانه لم يرض بانقطاع رجعته عنها الا بألف : وان قال أنت طالق طلقتين احداهما بألف وقعت بها واحدة لأنها بغير عوض ووقعت الاخرى على قبولها لانها بعوض .

( مسألة ) قال ( واذا خالعته الامة بغير اذن سيدها على شىء معلوم كان الخلع واقعا ويتبعها اذا عتقت بمثله ان كان له مثل والا فقيمته )

فى هذه المسألة ثلاثة فصول :

أحدها : أن الخلع مع الامة صحيح سواء كان باذن سيدها أو بغير اذنه لان الخلع يصح مع الاجنبى فمع الزوجة أولى ويكون طلاقها على عوض بائنا والخلع معها كالخلع مع الحرة سواء .

الفصل الثانى : أن الخلع اذا كان بغير اذن سيدها على شىء فى ذمتها فانه

يتبعها إذا عتقت لأنه رضي بذمتها ولو كان على عين فالذي ذكر الخرقي أنه يثبت في ذمتها مثله أو قيمته إن لم يكن مثليا . لأنها لا تملك العين وما في يدها من شيء فهو لسيدها فيلزمها بدله كما لو خالعها على عبد فخرج حراً أو مستحقا . وقياس المذهب أنه لا شيء له لأنه إذا خالعها على عين وهو يعلم أنها أمة فقد علم أنها لا تملك العين فيكون راضيا بغير عوض فلا يكون له شيء كما لو قال خالعتك على هذا المغصوب أو هذا الحر ، وكذلك ذكر القاضي في المجرد قال هو كالخلع على المغصوب لأنها لا تملكها ، وهذا قول مالك ، وقال الشافعي يرجع عليها بمهر المثل كقوله في الخلع على الحر والمغصوب ويمكن حمل كلام الخرقي على أنها ذكرت لزوجها أن سيدها أذن لها في هذا الخلع بهذه العين ولم تكن صادقة أو جهل أنها لا تملك العين ، أو يكون اختاره فيما إذا خالعها على مغصوب أنه يرجع عليها بقيمته ويكون الرجوع عليها في حال عتقها لأنه الوقت الذي تملك فيه فهي كالمعسر يرجع عليه في حال يساره ويرجع بقيمته أو مثله لأنه مستحق تعذر تسليمه مع بقاء سبب الاستحقاق فوجب الرجوع بمثله أو قيمته كالمغصوب .

الفصل الثالث : إذا كان الخلع بإذن السيد تعلق العوض بذمته . هذا قياس المذهب كما لو أذن لعبده في الاستدانة ، ويحتمل أن يتعلق برقبة الامة ، وإن خالعت على معين بإذن السيد فيه ملكه . وإن أذن في قدر المال فخالعت بأكثر منه فالزيادة في ذمتها ، وإن أطلق الإذن اقتضى الخلع بالمسمى لها فان خالعت به أو بما دونه لزم السيد ، وإن كان بأكثر منه تعلقت الزيادة بذمتها كما لو عين لها قدراً فخالعت بأكثر منه ، وإن كانت مأذونا لها في التجارة سلمت العوض مما في يدها .

( فصل ) والحكم في المكاتبة كالحكم في الامة القن سواء ، لانها لا تملك التصرف فيما في يدها بتبرع وما لا حظ فيه وبذل المال في الخلع لا فائدة فيه من حيث تحصيل المال بل فيه ضرر بسقوط نفقتها وبعض مهرها إن كانت غير مدخول بها . وإذا كان الخلع بغير إذن السيد فالعوض في ذمتها يتبعها به بعد العتق ، وإن كان بإذن السيد سلمه مما في يدها ، وإن لم يكن في يدها شيء فهو على سيدها .

## فصــــل

ويصح خلع المحجور عليها لفلس ، وبذلها للعوض صحيح : لأن لها ذمة يصح تصرفها فيها ويرجع عليها بالعوض إذا أيسرت وفك الحجر عنها ، وليس له مطالبتها في حال حجرها كما لو استدانت منه أو باعها شيئا في ذمتها .

( فصل ) فأما المحجور عليها لسفه أو صغر أو جنون فلا يصح بذل العوض منها في الخلع لانه تصرف في المال وليس هي من أهله وسواء أذن فيه الولي أو لم يأذن ، لانه ليس له الاذن في التبرعات وهذا كالتبرع ، وفارق الامة فانها أهل التصرف ولهذا تصح منها الهبة وغيرها من التصرفات باذنه ويفارق المفلسة لانها من أهل التصرف ، فان خالع المحجور عليها بلفظ يكون طلاقا فهو طلاق رجعي ولا يستحق عوضاً : وان لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق كان كالخلع بغير عوض ويحتمل أن لا يقع الخلع ههنا لانه انما رضي به بعوض ولم يحصل له ولا أمكن الرجوع ببدله ، قال أصحابنا . وليس لولي هؤلاء المخالعة بشيء من مالهن ، لانه انما يملك التصرف بما لها فيه الحظ ، وهذا لا حظ فيه بل فيه اسقاط نفقتها ومسكنها وبذل مالها ، ويحتمل أن يملك ذلك اذا رأى الحظ فيه ويمكن أن يكون الحظ لها فيه بتخليصها ممن يتلف مالها ويخاف منه على نفسها وعقلها ولذلك لم يعد بذل المال في الخلع تبذيراً ولا سفها فيجوز له بذل مالها لتحصيل حظها وحفظ نفسها ومالها كما يجوز بذله في مداواتها وفكها من الاسر ، وهذا مذهب مالك ، والاب وغيره من أوليائها في هذا سواء ؛ وان خالعها بشيء من ماله جاز : لانه يجوز من الاجنبي فمن الولي أولى .

( فصل ) اذا قال الاب طلق ابنتي وأنت بريء من صداقها فطلقها وقع الطلاق رجعيا ولم يبرأ من شيء لم يرجع على الاب ولم يضمن له لانه أبرأه مما ليس له الإبراء منه فأشبه الاجنبي ، قال القاضي : وقد قال أحمد انه يرجع على الاب قال وهذا محمول على أن الزوج كان جاهلا بأن ابراء الاب لا يصح فكان له الرجوع عليه لانه غره فرجع عليه كما لو غره فزوجه معيبة ، وإن علم أن ابراء الاب لا يصح لم يرجع بشيء ، ويقع الطلاق رجعيا ، لانه خلا عن العوض ، وفي الموضع الذي يرجع عليه يقع الطلاق بائناً لانه بعوض فان قال الزوج هي طالق ان

أبرأتنى من صداقها فقال قد أبرأتك لم يقع الطلاق لأنه لا يبرأ ، وروى عن أحمد أن الطلاق واقع فيحتمل أنه أوقعه إذا قصد الزوج تعليق الطلاق على مجرد التلفظ بالابراء دون حقيقة البراءة ، وان قال الزوج هى طالق إن برئت من صداقها لم يقع لأنه علقه على شرط ولم يوجد ، وان قال الأب طلقها على ألف من مالها وعلى الدرك فطلقها طلقت بائنا لأنه بعوض وهو ما لزم الأب من ضمان الدرك ولا يملك الألف لأنه ليس له بذلها .

## فصل

وإن قال لامرأتيه أنتما طالقتان بألف إن شئتما فقالتا قد شئنا وقع الطلاق بهما بائناً ولزمهما العوض بينهما على قدر مهريهما ، وان شاءت إحداهما دون الاخرى لم يطلق واحدة منهما لانه جعل ما شئتما صفة فى طلاق كل واحدة منهما ويخالف هذا ما لو قال أنتما طالقتان بألف فقبلت إحداهما دون الأخرى لزمه الطلاق بعوضه لأنه لم يجعل فى طلاقها شرطاً وههنا علق طلاق كل واحدة منهما بمشيئتهما جميعا فيتعلق الحكم بقولهما قد شئنا لفظا لان ما فى القلب لا سبيل الى معرفته فلو قال الزوج ما شئتما وانما قلتما ذلك بألسنتكما أو قالتا ما شئنا بقلوبنا لم يقبل .

فإذا ثبت هذا : فإن العوض يتقسط عليهما على قدر مهر كل واحدة منهما فى الصحيح من المذهب ، وهو قول ابن حامد ومذهب أهل الرأى وأحد قولى الشافعى وقال فى الآخر : يلزم كل واحدة منهما مهر مثلها ، وعلى قول أبى بكر من أصحابنا يكون ذلك عليهما نصفين وأصل هذا فى النكاح اذا تزوج اثنتين بصداق واحد ، وقد ذكرناه فى موضعه فإن كانت احداهما رشيدة والاخرى محجوراً عليها لسفه فقالتا قد شئنا وقع الطلاق عليهما ووجب على الرشيدة قسطها من العوض ووقع طلاقها بائنا ولا شيء على المحجور عليها ويكون طلاقها رجعيا لأن لها مشيئة ولكن الحجر مع صحة تصرفها ونفوذه ولهذا يرجع الى مشيئة المحجور عليه فى النكاح وفيما تأكله وكذلك ان كانت غير بالغة الا أنها مميزة فإن لها مشيئة صحيحة ولهذا يخير الغلام بين أبويه اذا بلغ سبعا وان كانت احداهما مجنونة أو صغيرة مميزة لم تصح المشيئة منهما ولم يقع الطلاق

وفي كل موضع حكمنا بوقوع الطلاق فان الرشيدة يلزمها قسطها من العوض وهو قسط مهرها من العوض في أحد الوجهين وفي الآخر نصفه ، وان قالت له امرأتاه طلقنا بألف بيننا نصفين فطلقهما فعلى كل واحدة منهما نصفه وجها واحداً وان طلق احداهما وحدها فعليها نصف الألف ، وان قالتا طلقنا بألف فطلقهما فالألف عليهما على قدر صداقيهما في أصح الوجهين ، وان طلق احداهما فعليها حصتها منه ، وان كانت احداهما غير رشيدة فطلقهما ، فعلى الرشيدة حصتها من الالف ويقع طلاقها بائنا وتطلق الاخرى طلاقا رجعيا ولا شيء عليها .

( فصـــل )

ويصح الخلع مع الاجنبي بغير اذن المرأة مثل أن يقول الاجنبي للزوج طلق امرأتك بألف علي : وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو ثور : لا يصح لأنه سفه فانه يبذل عوضا في مقابلة مالا منفعة له فيه فان الملك لا يحصل له فأشبه ما لو قال بع عبدك لزيد بألف علي .

ولنا أنه بذل مال في مقابلة اسقاط حق عن غيره فصح كما لو قال أعتق عبدك وعلي ثمنه ، ولأنه لو قال ألق متاعك في البحر وعلي ثمنه صح ولزمه ذلك مع أنه لا يسقط حقاً عن أحد ، فههنا أولى ، ولأنه حق على المرأة يجوز أن يسقط عنها بعوض فجاز لغيرها كالدين وفارق البيع فانه تمليك فلا يجوز بغير رضاء من يثبت له الملك وان قال طلق امرأتك بمهرها وأنا ضامن له صح ويرجع عليه بمهرها .

( فصل ) وان قالت له امرأته طلقني وضرتي بألف فطلقهما وقع الطلاق بهما بائنا واستحق الالف على باذلته ، لأن الخلع مع الاجنبي جائز ، وان طلق احداهما . فقال القاضي تطلق طلاقا بائنا ولزم الباذلة بحصتها من الألف . وهذا مذهب الشافعي ، الا أن بعضهم قال : يلزمها مهر مثل المطلقة . وقياس قول أصحابنا فيما اذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة لم يلزمها شيء ووقعت بها التطليقة أن لا يلزم الباذلة ههنا شيء لانه لم يجبها الى ماسألت فلم يجب عليها مابذلت ولانه قد يكون غرضها في بينونتهما جميعا منه فإذا طلق احداهما لم يحصل غرضها فلا يلزمها عوضها .

( فصل ) وان قالت طلقني بألف على أن تطلق ضرتي أو على أن لا تطلق

ضرتي فالخلع صحيح والشرط والبذل لازم ، وقال الشافعي : الشرط والعوض باطلان ويرجع إلى مهر المثل لأن الشرط سلف في الطلاق والعوض بعضه في مقابلة الشرط الباطل فيكون الباقي مجهولا ، وقال أبو حنيفة : الشرط باطل والعوض صحيح لأن العقد يستقل بذلك العوض .

ولنا : أنها بذلت عوضا في طلاقها وطلاق ضرتها فصح كما لو قالت طلقني وضرتي بألف فإن لم يف لها بشرطها فعليها الأقل من المسمى أو الألف الذي شرطته ، ويحتمل أن لا يستحق شيئا من العوض لأنها إنما بذلته بشرط لم يوجد فلا يستحقه كما لو طلقها بغير عوض .

( مسألة ) قال ( وما خالع العبد به زوجته من شيء جاز وهو لسيده )

وجملة ذلك : أن كل زوج صح طلاقه صح خلعه ، لأنه إذا ملك الطلاق وهو مجرد إسقاط من غير تحصيل شيء فلأن يملكه محصلا للعوض أولى والعبد يملك الطلاق فملك الخلع ، وكذلك المكاتب والسفيه ، وفي الصبي المميز وجهان بناء على صحة طلاقه ، ومن لا يصح طلاقه كالطفل والمجنون لا يصح خلعه ، لأنه ليس من أهل التصرف فلا حكم لكلامه ، ومتى خالع العبد كان العوض لسيده : لأنه من اكسابه ، واكتسابه لسيده ، وسائر من ذكرنا العوض لهم ويجب تسليم العوض إلى سيد العبد وولي المحجور عليه لأن العوض في خلع العبد ملك لسيده فلم يجز تسليمه الى غيره إلا بإذنه ، وولي المحجور عليه هو الذي يقبض حقوقه وأمواله وهذا من حقوقه .

أما المكاتب فيدفع العوض اليه لأنه هو الذي يتصرف لنفسه ، وقال القاضي يصح قبض العبد والمحجور عليه للعوض : لأن من صح خلعه صح قبضه للعوض كالمحجور عليه لفلس . واحتج بقول أحمد ما ملكه العبد من خلع فهو لسيده ، وان استهلكه لم يرجع على الواهب والمختلعة بشيء ، والمحجور عليه في معنى العبد والأولى أن لا يجوز لأن العوض في الخلع لسيد العبد فلا يجوز دفعه إلى غير من هو له بغير إذن مالكه ، والعوض في خلع المحجور عليه ملك له إلا أنه لا يجوز تسليمه اليه : لأن الحجر أفاد منعه من التصرف .

وكلام أحمد يحمل على ما إذا أتلفه العبد قبل تسليمه اليه ، وعلى أن عدم الرجوع عليها لا يلزم منه جواز الدفع اليه فإنه لو رجع عليها لرجعت على العبد وتعلق حقها برقبته وهي ملك للسيد فلا فائدة في الرجوع عليها بما يرجع به على ماله ، وان أسلمت العوض إلى المحجور عليه لم تبرأ فإن أخذه الولي منه برئت ، وان أتلفه أو تلف كان لوليه الرجوع عليها به .

( فصل ) وقد توقف أحمد في طلاق الأب زوجة ابنه الصغير وخلعه إياها وسأله أبو الصقر عن ذلك فقال : قد اختلف فيه وكأنه رآه ، قال أبو بكر : لم يبلغني في هذه المسألة إلا ما رواه أبو الصقر فيخرج على قولين .

أحدهما : يملك ذلك ، وهو قول عطاء وقتادة ، لأن ابن عمر طلق على ابن له معتوه ، رواه الإمام أحمد ، وعن عبد الله بن عمرو : أن المعتوه اذا عبث بأهله طلق عليه وليه ، قال عمرو بن شعيب : وجدنا ذلك في كتاب عبد الله بن عمرو . ولأنه يصح أن يزوجه فصح أن يطلق عليه اذا لم يكن متهماً كالحاكم يفسخ للاعسار ويزوج الصغير .

والقول الآخر : لا يملك ذلك ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الطلاق لمن أخذ بالساق » رواه ابن ماجه وعن عمر أنه قال : انما الطلاق بيد الذي يحل له الفرج ، ولأنه اسقاط لحقه فلم يملكه كالإبراء من الدين واسقاط القصاص ، ولأن طريقه الشهوة فلم يدخل في الولاية ، والقول في زوجة عبده الصغير كالقول في زوجة ابنه الصغير ، لأنه في معناه .

« مسألة » قال ( واذا خالعت المرأة في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها فالخلع واقع وللورثة أن يرجعوا عليه بالزيادة )

وجملة الأمر : أن المخالعة في المرض صحيحة سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أو هما جميعاً ، لأنه معاوضة فصح في المرض كالبيع ولا نعلم في هذا خلافاً ، ثم اذا خالعته المريضة بميراثه منها فما دونه صح ولا رجوع ، وان خالعته بزيادة بطلت الزيادة ، وهذا قول الثوري واسحاق ، وقال أبو حنيفة : له العوض كله ، فإن حابته فمن الثلث ، لأنه ليس بوارث لها فصحت محاباتها له من الثلث

كالأجنبي ، وعن مالك كالمذهبين ، وعنه يعتبر بخلع مثلها ، وقال الشافعي . إن خالعت بمهر مثلها جاز ، وإن زاد فالزيادة من الثلث .

ولنا على أنه لا يعتبر مهر المثل أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بما قدمنا ، واعتبار مهر المثل تقويم له وعلى إبطال الزيادة أنها متهمة فى أنها قصدت الخلع لتوصل اليه شيئاً من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها فبطل كما لو أوصت له أو أقرت له ، وأما قدر الميراث فلا تهمة فيه فإنها لو لم تخالعه لورث ميراثه ، وإن صحت من مرضها ذلك صح الخلع وله جميع ما خالعها به لأنا تبينا أنه ليس بمرض الموت ، والخلع فى غير مرض الموت كالخلع فى الصحة .

« مسألة » قال ﴿ ولو خالعها فى مرض موته وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث فللورثة أن لا يعطوها أكثر من ميراثها ﴾

أما خلعه لزوجته فلا إشكال فى صحته سواء كان بمهر مثلها أو أكثر أو أقل ولا يعتبر من الثلث ، لأنه لو طلق بغير عوض اصح ، فلأن يصح بعوض أولى ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء ، فإنه لو مات وله إمرأة لبانت بموته ولم تنتقل إلى ورثته . فأما إن أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل صح ، لأنه لا تهمة فى أنه أبانها ليعطيها ذلك . فإنه لو لم يبنها لأخذته ميراثها . وإن أوصى لها بزيادة عليه فللورثة منعها ذلك : لأنه اتهم فى أنه قصد إيصال ذلك اليها . لأنه لم يكن له سبيل إلى إيصاله اليها وهى فى حباله فطلقها ليوصل ذلك اليها فمنع منه كما لو أوصى لوارث .

( فصل ) وإذا خالع إمرأته على نفقة عدتها فحكى عن أحمد وأبي حنيفة : أنه يجوز ذلك . وهذا إنما يخرج على أصل أحمد إذا كانت حاملا ، أما غير الحامل فلا نفقة لها عليه فلا تصح عوضا ، وقال الشافعى : لا تصح النفقة عوضا ، فإن خالعها به وجب مهر المثل . لأن النفقة لم تجب فلا يصح الخلع كما لو خالعها على عوض ما يتلفه عليها .

ولنا : أنها إحدى النفقتين فصحت المخالعة عليها كنفقة الصبي فيما إذا خالعته

على كفالة ولده وقتا معلوما . وقولهم انها لم تجب، ممنوع فإنه قد قيل ان النفقة تجب بالعقد ثم انها ان لم تجب فقد وجد سبب وجوبها كنفقة الصبي بخلاف عوض ما يتلفه

« مسألة » قال ﴿ ولو خالعته بمحرم وهما كافران فقبضه ثم أسلما أو أحدهما لا يرجع عليها بشيء ﴾

وجملة ذلك أن الخلع من الكفار جائز سواء كانوا أهل الذمة أو أهل حرب لان كل من ملك الطلاق ملك المعاوضة عليه كالمسلم فإن خالعها بعوض صحيح ثم أسلما وترافعا الى الحاكم أمضى ذلك عليهما كالمسلمين ، وان كان بمحرم كخمر وخنزير فقبضه ثم أسلما وترافعا الينا أو أسلم أحدهما أمضى ذلك عليهما ولم يعرض له ولم يزده ولا يبقى له عليها شيء كما لو أصدقها خمراً ثم أسلما أو تبايعا خمراً أو تقابضا ثم أسلما . وان كان اسلامهما أو ترافعهما قبل القبض لم يمضه الحاكم ولم يأمر باقباضه لان الخمر والخنزير لا يجوز أن يكون عوضاً لمسلم أو من مسلم فلا يأمر الحاكم باقباضه .

قال القاضي في الجامع : ولا شيء له لأنه رضي منها بما ليس بمال كالمسلمين اذا تخالعا بخمر . وقال في المجرد : يجب مهر المثل . وهو مذهب الشافعي ، لأن العوض فاسد فيرجع الى قيمة المتلف وهو مهر المثل وكلام الخرقي يدل بمفهومه على أنه يجب له شيء لان تخصيصه حالة القبض بنفي الرجوع يدل على الرجوع مع عدم القبض ، والفرق بينه وبين المسلم أن المسلم لا يعتقد الخمر والخنزير مالا فإذا رضي به عوضا فقد رضي بالخلع بغير مال فلم يكن له شيء والمشرك يعتقده مالا فلم يرض بالخلع بغير عوض فيكون العوض واجبا كما لو خالعها على حر يظنه عبداً أو خمر يظنه خلا .

اذا ثبت أنه يجب له العوض فذكر القاضي أنه مهر المثل كما لو تزوجها على خمر ثم أسلما . وعلى ما عللنا به يقتضي وجوب قيمة ما سمى لها على تقدير كونه مالا فإنه رضي بمالية ذلك فيكون له قدره من المال كما لو خالعها على خمر يظنه خلا ، وان حصل القبض في بعضه دون بعض سقط ما قبض وفيما لم يقبض الوجوه الثلاثة والاصل فيه قول الله تعالى ( وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مؤمنين ) .

## فصل

ويصح التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين ومن أحدهما منفرداً وكل من صح أن يتصرف بالخلع لنفسه جاز توكيله ووكالته حراً كان أو عبداً، ذكراً أو أنثى، مسلماً أو كافراً، محجوراً عليه أو رشيداً، لأن كل واحد منهم يجوز أن يوجب الخلع فصح أن يكون وكيلا وموكلا فيه كالحر الرشيد، وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافاً، ويكون توكيل المرأة في ثلاثة أشياء: استدعاء الخلع أو الطلاق وتقدير العوض وتسليمه، وتوكيل الرجل في ثلاثة أشياء: شرط العوض وقبضه. وايقاع الطلاق أو الخلع، ويجوز التوكيل مع تقدير العوض ومن غير تقدير لأنه عقد معاوضة فصح كذلك كالبيع والنكاح، والمستحب التقدير لأنه أسلم من الغرر وأسهل على الوكيل لاستغنائه عن الاجتهاد. فإن وكل الزوج لم يخل من حالين.

أحدهما: أن يقدر له العوض فخالع به أو بما زاد صح ولزم المسمى، لأنه فعل ما أمر به، وإن خالع بأقل منه ففيه وجهان

أحدهما: لا يصح الخلع، وهذا اختيار ابن حامد ومذهب الشافعي، لأنه خالف موكله فلم يصح تصرفه كما لو وكله في خلع امرأة فخالع أخرى، ولأنه لم يأذن له في الخلع بهذا العوض فلم يصح منه كالاجنبي.

والثاني: يصح ويرجع على الوكيل بالنقص، وهذا قول أبي بكر لان المخالفة في قدر العوض لا تبطل الخلع كحالة الاطلاق والاول أولى، وأما ان خالف في الجنس مثل أن يأمره بالخلع على دراهم فخالع على عبد أو بالعكس أو يأمره بالخلع حالا فخالع بعوض نسيئة فالقياس أنه لا يصح لانه مخالف لموكله في جنس العوض فلم يصح تصرفه كالوكيل في البيع، ولأن ما خالع به لا يملكه الموكل لكونه لم يأذن فيه ولا الوكيل لانه لم يوجد السبب بالنسبة اليه، وفارق المخالفة في القدر لانه أمكن جبره بالرجوع بالنقص على الوكيل.

وقال القاضي. القياس أن يلزم الوكيل القدر الذي أذن فيه، ويكون له ما خالع قياسا على المخالفة في القدر وهذا يبطل بالوكيل في البيع؛ ولان هذا خلع لم يأذن فيه الزوج فلم يصح كما لو لم يوكله في شيء، ولانه يفضي الى أن يملك عوضا

ما ملكته اياه المرأة . ولا قصد هو تملكه وتتخلع المرأة من زوجها بغير عوض لزمها له بغير اذنه ، وأما المخالفة فى القدر فلا يلزم فيها ذلك مع أن الصحيح أنه لا يصح الخلع فيهما أيضا لما قدمناه .

الحال الثانى : اذا أطلق الوكالة فإنه يقتضى الخلع بمهرها المسمى حالا من جنس نقد البلد فإن خالع بذلك فما زاد صح لأنه زاده خيراً ، وان خالع بدونه ففيه الوجهان المذكوران فيما اذا قدر له العوض فخالع بدونه، وذكر القاضى احتمالين آخرين. أحدهما : أن يسقط المسمى ويجب مهر المثل: لانه خالع بما لم يؤذن له فيه والثانى : أن يتخير الزوج بين قبول العوض ناقصا ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة ، وان خالع بغير نقد البلد فحكمه حكم مالو عين له عوضا فخالع بغير جنسه وان خالع الوكيل بما ليس بمال كالخمر والخنزير لم يصح الخلع ولم يقع الطلاق لأنه غير مأذون له فيه انما أذن له فى الخلع وهو ابانة المرأة بعوض وما أتى به وانما أتى بطلاق غير مأذون له فيه ، ذكره القاضى فى المجرد وهو مذهب الشافعى وسواء عين له العوض أو أطلق : وذكر فى الجامع أن الخلع يصح ويرجع على الوكيل بالمسمى ولا شيء على المرأة . هذا اذا قلنا الخلع بلا عوض يصح .

وان قلنا : لا يصح لم يصح الا أن يكون بلفظ الطلاق فيقع طلقة رجعية ، واحتج بأن وكيل الزوجة لو خالع بذلك صح فكذلك وكيل الزوج ، وهذا القياس غير صحيح فإن وكيل الزوج يوقع الطلاق فلا يصح أن يوقعه على غير ماأذن له فيه ، ووكيل الزوجة لا يوقع وانما يقبل، ولان وكيل الزوج اذا خالع على محرم فوت على موكله العوض ووكيل الزوجة يخلصهامنه فلا يلزم من الصحه فى موضع يخلص موكله من وجوب العوض عليه الصحة فى موضع يفوته عليه ألا ترى أن وكيل الزوجة لو صالح بدون العوض الذى قدرته له صح ولزمها ، ولو خالع وكيل الزوج بدون العوض الذى قدره له لم يلزمه .

وأما وكيل الزوجة فله حالان . أحدهما أن تقدر له العوض فمتى خالع به فما دون صح ولزمها ذلك لانه زادها خيراً . وان خالع بأ كثر منه صح ولم تلزمها الزيادة لأنها لم تأذن فيها ولزم الوكيل لأنه التزمه للزوج فلزمه الضمان كالمضارب اذا اشترى من يعتق على رب المال .

وقال القاضي في المجرد: عليها مهر مثلها ولا شيء على وكيلها، لأنه لا يقبل العقد لنفسه إنما يقبله لغيره، وأصل هذا مذهب الشافعي، والأولى أنه لا يلزمها أكثر مما بذلته لأنها ما التزمت أكثر منه ولا وجد منها تغرير للزوج ولا ينبغي أن يجب للزوج أيضاً أكثر مما بذل له الوكيل لأنه رضي بذلك عوضاً وهو عوض صحيح معلوم فلم يكن له أكثر منه كما لو بذلته المرأة. الثاني: أن يطلق الوكالة فيقتضي خلعها بمهرها من جنس نقد البلد فإن خالعها بذلك فما دون صح ولزمها، وإن خالعها بأكثر منه فهو كما لو خالعها بأكثر مما قدرت له على ما مضى من القول فيه.

## ( فصل )

إذا اختلفا في الخلع فادعاه الزوج وأنكرته المرأة بانت بإقراره ولم يستحق عليها عوضاً لأنها منكرة وعليها اليمين وان ادعته المرأة وأنكره الزوج فالقول قوله لذلك ولا يستحق عليها عوضاً لانه لا يدعيه. فإن اتفقا على الخلع واختلفا في قدر العوض أو جنسه أو حلوله أو تأجيله أو صفته فالقول قول المرأة حكاه أبو بكر نصا عن أحمد، وهو قول مالك وأبي حنيفة.

وذكر القاضي رواية أخرى عن أحمد أن القول قول الزوج لأن البضع يخرج من ملكه فكان القول قوله في عوضه كالسيد مع مكاتبه، وقال الشافعي: يتحالفان لانه اختلاف في عوض العقد فيتحالفان فيه كالمتبايعين إذا اختلفا في الثمن

ولنا أنه أحد نوعي الخلع فكان القول قول المرأة كالطلاق على مال اذا اختلفا في قدره ولأن المرأة منكرة للزيادة في القدر أو الصفة فكان القول قولها لقول النبي صلى الله عليه وسلم «اليمين على المدعى عليه».

واما التحالف في البيع فيحتاج اليه لفسخ العقد والخلع في نفسه فسخ فلا يفسخ وان قال خالعتك بألف فقالت انما خالعك غيري بألف في ذمته بانت: والقول قولها في نفي العوض عنها لأنها منكرة له، وان قالت نعم ولكن ضمنها لك أبي او غيره لزمها الألف لاقرارها به والضمان لا يبرىء ذمتها، وكذلك ان قالت خالعتك على ألف يزنه لك ابي لانها اعترفت بالألف وادعت على ابيها دعوى فقبل قولها على نفسها دون غيرها، وان قال سألتني طلقة بألف فقالت بل سألتك

ثلاثا بألف فطلقتني واحدة بانت بإقراره والقول قولها في سقوط العوض وعند أكثر الفقهاء يلزمها ثلث الألف بناء على أصلهم فيما إذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة أنه يلزمها ثلث الألف، وإن خالعها على ألف فادعى أنها دنانير وقالت بل هي دراهم فالقول قولها لما ذكرنا في أول الفصل، ولو قال أحدهما كانت دراهم قراضة، وقال الآخر مطلقة فالقول قولها إلا على الرواية التي حكاها القاضي فإن القول قول الزوج في هاتين المسألتين، وإن اتفقا على الاطلاق لزم الألف من غالب نقد البلد، وإن اتفقا على أنهما أرادا دراهم قراضة لزمها ما اتفقت إرادتهما عليه، وإن اختلفا في الارادة كان حكمها حكم المطلقة يرجع إلى غالب نقد البلد.

وقال القاضي: إذا اختلفا في الارادة وجب المهر المسمى في العقد لأن اختلافهما يجعل البدل مجهولا فيجب المسمى في النكاح، والأول أصح لأنهما لو أطلقا لصحت التسمية ووجب الألف من غالب نقد البلد ولم يكن إطلاقهما جهالة تمنع صحة العوض فكذلك إذا اختلفا ولأنه يجيز العوض المجهول إذا لم تكن جهالته تزيد على جهالة مهر المثل كعبد مطلق وبعير وفرس والجهالة ههنا أقل فالصحة أولى.

## فصل

إذا علق طلاق امرأته بصفة ثم أبانها بخلع أو طلاق ثم عاد فتزوجها ووجدت الصفة طلقت، ومثاله إذا قال إن كلمت أباك فأنت طالق ثم أبانها بخلع ثم تزوجها فكلمت أباها فإنها تطلق. نص عليه أحمد.

فأما إن وجدت الصفة في حال البينونة ثم تزوجها ثم وجدت مرة أخرى فظاهر المذهب أنها تطلق، وعن أحمد ما يدل على أنها لا تطلق نص عليه في العتق في رجل قال لعبده أنت حر إن دخلت الدار فباعه ثم رجع يعني فاشتراه فإن رجع وقد دخل الدار لم يعتق وإن لم يكن دخل فلا يدخل إذا رجع اليه فإن دخل عتق فإذا نص في العتق على أن الصفة لا تعود وجب أن يكون في الطلاق مثله بل أولى لأن العتق يتشوف الشرع اليه ولذلك قال الخرقي وإذا قال إن تزوجت فلانة فهي طالق لم تطلق إن تزوجها، ولو قال ان ملكت فلانا فهو حر فملكه صار حراً وهذا اختيار أبي الحسن التميمي وأكثر أهل العلم يرون أن الصفة لا تعود إذا

أبانها بطلاق ثلاث ، وإن لم توجد الصفة في حال البينونة ، هذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأحد أقوال الشافعي ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثا ان دخلت الدار فطلقها ثلاثا ثم نكحت غيره ثم نكحها الحالف ثم دخلت الدار أنه لا يقع عليها الطلاق وهذا على مذهب مالك والشافعي وأصحاب الرأي لأن إطلاق الملك يقتضي ذلك فإن أبانها دون الثلاث فوجدت الصفة ثم تزوجها انحلت يمينه في قولهم ، وان لم توجد الصفة في البينونة ثم نكحها لم تنحل في قول مالك وأصحاب الرأي وأحد أقوال الشافعي وله قول آخر لا تعود الصفة بحال وهو اختيار المزني وأبي اسحاق لأن الايقاع وجد قبل النكاح فلم يقع كما لو علقه بالصفة قبل أن يتزوج بها فإنه لا خلاف في أنه لو قال لأجنبية أنت طالق إذا دخلت الدار ثم تزوجها ودخلت الدار لم تطلق وهذا في معناه ، فأما إذا وجدت الصفة في حال البينونة انحلت اليمين لأن الشرط وجد في وقت لا يمكن وقوع الطلاق فيه فسقطت اليمين وإذا انحلت مرة لم يمكن عودها إلا بعقد جديد .

ولنا : أن عقد الصفة ووقوعها وجدا في النكاح فيقع كما لو لم يتخلله بينونة أو كما لو بانت بما دون الثلاث عند مالك وابي حنيفة ولم تفعل الصفة ، وقولهم ان هذا طلاق قبل نكاح قلنا يبطل بما إذا لم يكمل الثلاث ، وقولهم تنحل الصفة بفعلها قلنا إنما تنحل بفعلها على وجه يحنث به وذلك لأن اليمين حل وعقد ثم ثبت ان عقدها يفتقر الى الملك فكذلك حلها والحنث لا يحصل بفعل الصفة حال بينونتها فلا تنحل اليمين واما العتق ففيه روايتان .

إحداهما : ان العتق كالنكاح في ان الصفة لا تنحل بوجودها بعد بيعه فيكون كمسألتنا ، والثانية : تنحل لأن الملك الثاني لا يبنى على الاول في شيء من احكامه وفارق النكاح فإنه يبنى على الأول في بعض احكامه وهو عدد الطلاق فجاز ان يبنى عليه في عود الصفة ، ولأن هذا يفعل حيلة على إبطال الطلاق المعلق والحيل خداع لا تحل ما حرم الله فإن ابن ماجه وابن بطة رويا باسنادهما عن ابي موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما بال اقوام يلعبون بحدود الله ويستهزئون بآياته قد طلقتك قد راجعتك قد طلقتك »

وفي لفظ رواه ابن بطة « خلعتك وراجعتك طلقتك راجعتك » وروى بإسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل » .

( فصل ) فإن كانت الصفة لا تعود بعد النكاح الثاني مثل أن قال إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق ثلاثا ثم أبانها فأكلته ثم نكحها لم يحنث لأن حنثه بوجود الصفة في النكاح الثاني وما وجدت ولا يمكن إيقاع الطلاق بأكلها له حال البينونة لأن الطلاق لا يلحق البائن والله أعلم .

# كتاب الطلاق

الطلاق حل قيد النكاح وهو مشروع ، والأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى ( الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ) وقال تعالى ( يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ) وأما السنة فما روى ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض . فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » متفق عليه في آي وأخبار سوى هذين كثير ، وأجمع الناس على جواز الطلاق ، والعبرة دالة على جوازه فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وضررا مجردا بإلزام الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة فاقتضى ذلك شرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه .

( فصل ) والطلاق على خمسة أضرب ( واجب ) وهو طلاق المولى بعد التربص إذا أبى الفيئة ( وطلاق ) الحكمين في الشقاق إذا رأيا ذلك ( ومكروه ) وهو الطلاق من غير حاجة إليه ، وقال القاضي فيه روايتان .

احداهما : أنه محرم لأنه ضرر بنفسه وزوجته وإعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة إليه فكان حراما كإتلاف المال ، ولقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا اضرار » .

والثانية : أنه مباح لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أبغض الحلال الى الله الطلاق » وفي لفظ « ما أحل الله شيئاً أبغض اليه من الطلاق » رواه أبو داود وانما يكون مبغوضاً من غير حاجة اليه وقد سماه النبي صلى الله عليه وسلم حلالا ، ولأنه مزيل للنكاح المشتمل على المصالح المندوب اليها فيكون مكروها .

والثالث . مباح وهو عند الحاجة اليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض بها .

والرابع : مندوب اليه وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها مثل الصلاة ونحوها ولا يمكنه اجبارها عليها أو تكون له امرأة غير عفيفة ، قال أحمد : لا ينبغي له امساكها وذلك لأن فيه نقصاً لدينه ولا يأمن افسادها فراشه والحاقها به ولداً ليس هو منه . ولا بأس بعضلها في هذه الحال والتضييق عليها لتفتدي منه : قال الله تعالى ( ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة ) ويحتمل أن الطلاق في هذين الموضعين واجب ، ومن المندوب اليه الطلاق في حال الشقاق وفي الحال التي تخرج المرأة الى المخالعة لتزيل عنها الضرر ( وأما المحظور ) فالطلاق في الحيض أو في طهر جامعها فيه أجمع العلماء في جميع الأمصار وكل الاعصار على تحريمه ويسمى طلاق البدعة لأن المطلق خالف السنة وترك أمر الله تعالى ورسوله ، قال الله تعالى ( فطلقوهن لعدتهن ) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » وفي لفظ رواه الدارقطني باسناده عن ابن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض ثم أراد ان يتبعها بتطليقتين آخرتين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « يا ابن عمر ما هكذا امرك الله انك اخطأت السنة والسنة ان تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء » ولأنه اذا طلق في الحيض طول العدة عليها فان الحيضة التي طلق فيها لا تحسب من عدتها ولا الطهر الذي بعدها عند من يجعل الاقراء الحيض واذا طلق في طهر اصابها فيه لم يأمن ان تكون حاملا فيندم وتكون مرتابة لا تدري اتعتد بالحمل او الإقراء ؟

« مسألة » قال ( وطلاق السنة ان يطلقها طاهراً من غير جماع ، واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها )

معنى طلاق السنة الطلاق الذى وافق أمر الله تعالى وأمر رسوله صلى الله عليه وسلم فى الآية والخبرين المذكورين وهو الطلاق فى طهر لم يصبها فيه ثم يتركها حتى تنقضى عدتها ولا خلاف فى أنه إذا طلقها فى طهر لم يصبها فيه ثم تركها حتى تنقضى عدتها أنه مصيب للسنة مطلق للعدة التى أمر الله بها ، قاله ابن عبد البر وابن المنذر .

وقال ابن مسعود : طلاق السنة أن يطلقها من غير جماع ، وقال فى قوله تعالى ( فطلقوهن لعدتهن ) قال طاهراً من غير جماع ونحوه عن ابن عباس وفى حديث ابن عمر الذى رويناه « ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك ، وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء » فأما قوله ثم يدعها حتى تنقضى عدتها فمعناه أنه لا يتبعها طلاقا آخر قبل قضاء عدتها ولو طلقها ثلاثا فى ثلاثة أطهار كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث فى طهر واحد ، قال أحمد طلاق السنة واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض ، وكذلك قال مالك والأوزاعى والشافعى وأبو عبيد ، وقال أبو حنيفة والثورى : السنة أن يطلقها ثلاثا فى كل قرء طلقة وهو قول سائر الكوفيين واحتجوا بحديث ابن عمر حين قال له النبى صلى الله عليه وسلم « راجعها ثم امسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر » قالوا وإنما أمره بإمساكها فى هذا الطهر لأنه لم يفصل بينه وبين الطلاق طهر كامل فاذا مضى ومضت الحيضه التى بعده أمره بطلاقها ، وقوله فى حديثه الآخر والسنة أن يستقبل الطهر فيطلق لكل قرء .

وروى النسائى باسناده عن عبد الله قال : طلاق السنة أن يطلقها تطليقة وهى طاهر فى غير جماع فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ، فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ثم تعتد بعد ذلك بحيضة .

ولنا ما روى عن على رضى الله عنه أنه قال « لا يطلق أحد للسنة فيندم » رواه الأثرم وهذا إنما يحصل فى حق من لم يطلق ثلاثا ، وقال ابن سيرين إن عليا كرم الله وجهه قال « لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبداً يطلقها تطليقة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثا فمتى شاء راجعها » رواه النجاد باسناده .

وروى ابن عبد البر بإسناده عن ابن مسعود أنه قال : طلاق السنة أن يطلقها وهي طاهر ثم يدعها حتى تنقضي عدتها أو يراجعها إن شاء . فأما حديث ابن عمر الاول فلا حجة لهم فيه لأنه ليس فيه جمع الثلاث . وأما حديثه الاخر فيحتمل أن يكون ذلك بعد ارتجاعها . ومتى ارتجع بعد الطلقة ثم طلقها كان للسنة على كل حال حتى قد قال أبو حنيفة لو أمسكها بيده لشهوة ثم والى بين الثلاث كان مصيبا للسنة لأنه يكون مرتجعا لها والمعنى فيه أنه إذا ارتجعها سقط حكم الطلقة الأولى فصارت كأنها لم توجد ولا غنى به عن الطلقة الأخرى إذا احتاج إلى فراق امرأته بخلاف ما إذا لم يرتجعها فإنه مستغن عنها لإفضائها إلى مقصوده من إبانتها فافترقا ، ولأن ما ذكروه ارداف طلاق من غير ارتجاع فلم يكن للسنة كجمع الثلاث في طهر واحد وتحريم المرأة لا يزول الا بزوج واصابة من غير حاجة فلم يكن للسنة كجمع الثلاث .

( فصل ) فإن طلق للبدعة وهو أن يطلقها حائضا أو في طهر أصابها فيه أثم ووقع طلاقه في قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر وابن عبد البر لم يخالف في ذلك الا أهل البدع والضلال وحكاه أبو نصر عن ابن علية وهشام بن الحكم والشيعة قالوا لا يقع طلاقه لأن الله تعالى أمر به في قبل العدة فإذا طلق في غيره لم يقع كالوكيل اذا أوقعه في زمن أمره موكله بإيقاعه في غيره .

ولنا حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يراجعها : وفي رواية الدارقطني قال فقلت يا رسول الله أفرأيت لو أني طلقتها ثلاثا أكان يحل لي أن أراجعها ؟ قال « لا ، كانت تبين منك وتكون معصية » وقال نافع وكان عبد الله طلقها تطليقة فحسبت من طلاقه وراجعها كما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن رواية يونس بن جبير عن ابن عمر قال قلت لابن عمر أفتعتد عليه أو تحتسب عليه ؟ قال نعم أرأيت ان عجز واستحمق ؟ وكلها أحاديث صحاح ، ولأنه طلاق من مكلف في محل الطلاق فوقع كطلاق الحامل ولأنه ليس بقربة فيعتبر لوقوعه موافقة السنة بل هو ازالة عصمة وقطع ملك فإيقاعه في زمن البدعة أولى تغليظا عليه وعقوبة له ، أما غير الزوج فلا يملك الطلاق والزوج يملكه بملكه محله .

## فصل

ويستحب أن يراجعها لأمر النبي صلى الله عليه وسلم بمراجعتها وأقل أحوال الأمر الاستحباب ، ولأنه بالرجعة يزيل المعنى الذي حرم الطلاق ولا يجب ذلك في ظاهر المذهب ، وهو قول الثوري والأوزاعي والشافعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي ، وحكى ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أن الرجعة تجب واختارها وهو قول مالك وداود لظاهر الأمر في الوجوب ، ولأن الرجعة تجري مجرى استبقاء النكاح واستبقاؤه ههنا واجب بدليل تحريم الطلاق ، ولأن الرجعة امساك للزوجة بدليل قوله تعالى ( فأمسكوهن بمعروف ) فوجب ذلك كإمساكها قبل الطلاق ، وقال مالك وداود يجبر على رجعتها ، قال أصحاب مالك يجبر على رجعتها مادامت في العدة الا أشهب قال ما لم تطهر ثم تحيض ثم تطهر لأنه لا يجب عليه امساكها في تلك الحال فلا يجب عليه رجعتها فيه .

ولنا أنه طلاق لا يرتفع بالرجعة فلم تجب عليه الرجعة فيه كالطلاق في طهر مسها فيه فانهم أجمعوا على أن الرجعة لا تجب ، حكاه ابن عبد البر عن جميع العلماء وما ذكروه من المعنى ينتقض بهذه الصورة ، وأما الأمر بالرجعة فمحمول على الاستحباب لما ذكرنا .

( فصل ) فإن راجعها وجب امساكها حتى تطهر واستحب امساكها حتى تحيض حيضة أخرى ثم تطهر على ما أمر به النبي صلى الله عليه وسلم في حديث عمر الذي رويناه ، قال ابن عبد البر ذلك من وجوه عند أهل العلم ، منها : أن الرجعة لا تكاد تعلم صحتها الا بالوطء لأنه المبغي من النكاح ولا يحصل الوطء الا في الطهر فاذا وطئها حرم طلاقها فيه حتى تحيض ثم تطهر واعتبر نامظنة الوطء ومحله لا حقيقته ، ومنها : أن الطلاق كره في الحيض لتطويل العدة فلو طلقها عقيب الرجعة من غير وطء كانت في معنى المطلقة قبل الدخول وكانت تبنى على عدتها فأراد رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع حكم الطلاق بالوطء واعتبر الطهر الذي هو موضع الوطء فاذا وطيء حرم طلاقها حتى تحيض ثم تطهر ، وقد جاء في حديث عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مره أن يراجعها فاذا طهرت مسها حتى اذا طهرت أخرى فان شاء طلقها وان شاء أمسكها » رواه ابن عبد البر .

ومنها : أنه عوقب على إيقاعه فى الوقت المحرم بمنعه منه فى الوقت الذى يباح له وذكر غير هذا فإن طلقها فى الطهر الذى يلى الحيضة قبل أن يمسها فهو طلاق سنة وقال أصحاب مالك : لا يطلقها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر على ماجاء فى الحديث

ولنا قوله تعالى ( فطلقوهن لعدتهن ) وهذا مطلق للعدة فيدخل فى الأمر ، وقد روى يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين وزيد بن أسلم وأبو الزبير عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجعها حتى تطهر ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك ولم يذكروا تلك الزيادة ، وهو حديث صحيح متفق عليه ، ولأنه طهر لم يمسها فيه فأشبه الثانى وحديثهم محمول على الاستحباب .

« مسألة » قال ( ولو طلقها ثلاثاً فى طهر لم يصبها فيه كان أيضاً للسنة وكان تاركا للاختيار )

اختلفت الرواية عن أحمد فى جمع الثلاث فروى عنه أنه غير محرم اختاره الخرقى ، وهو مذهب الشافعى وأبى ثور وداود ، وروى ذلك عن الحسن بن على وعبد الرحمن بن عوف والشعبى لأن عويمر العجلانى لما لاعن إمرأته قال كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله ( ص ) متفق عليه ولم ينقل انكار النبى ( ص ) .

وعن عائشة أن امرأة رفاعة جاءت الى رسول الله (ص) فقالت يارسول الله ان رفاعة طلقنى فبت طلاقى ، متفق عليه .

وفى حديث فاطمة بنت قيس أن زوجها أرسل اليها بثلاث تطليقات ولأنه طلاق جاز تفريقه فجاز جمعه كطلاق النساء ، والرواية الثانية أن جمع الثلاث طلاق بدعة محرم اختارها أبو بكر وأبو حفص روى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وابن عمر ، وهو قول مالك وأبى حنيفة ، قال على رضى الله عنه « لا يطلق أحد للسنة فيندم » .

وفى رواية قال « يطلقها واحدة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاث حيض فمتى شاء راجعها » وعن عمر رضى الله عنه أنه كان اذا أتى برجل طلق ثلاثا أوجعه ضربا ، وعن مالك بن الحارث قال جاء رجل الى ابن عباس فقال إن عمى طلق

إمرأته ثلاثا فقال ان عمك عصى الله وأطاع الشيطان فلم يجعل الله له مخرجا ، ووجه ذلك قول الله تعالى ( يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ) إلى قوله ( لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا . ثم قال بعد ذلك ( ومن يتق الله يجعل له مخرجا . ومن يتق الله يجعل له من أمره يسراً ) ومن جمع الثلاث لم يبق له أمر يحدث ولا يجعل الله له مخرجا ولا من أمره يسرا .

وروى النسائى بإسناده عن محمود بن لبيد قال أخبر رسول الله (ص) عن رجل طلق إمرأته ثلاث تطليقات جميعا فغضب ثم قال « أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم ؟ » حتى قام رجل فقال يا رسول الله ألا أقتله .

وفى حديث ابن عمر قال : قلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا ؟ قال « إذاً عصيت ربك وبانت منك إمرأتك » وروى الدارقطني بإسناده عن علي قال سمع النبى صلى الله عليه وسلم رجلا طلق البتة فغضب وقال « تتخذون آيات الله هزواً أو دين الله هزواً أو لعبا ؟ من طلق البتة ألزمناه ثلاثا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره » ولأنه تحريم للبضع بقول الزوج من غير حاجة فحرم كالظهار بل هذا أولى لأن الظهار يرتفع تحريمه بالتكفير وهذا لا سبيل للزوج الى رفعه بحال ولأنه ضرر واضرار بنفسه وبإمرأته من غير حاجة فيدخل فى عموم النهى وربما كان وسيلة إلى عوده اليها حراما أو بحيلة لا تزيل التحريم ووقوع الندم وخسارة الدنيا والآخرة فكان أولى بالتحريم من الطلاق فى الحيض الذى ضرره بقاؤها فى العدة أياما يسيرة أو الطلاق فى طهر مسها فيه الذى ضرره احتمال الندم بظهور الحمل فإن ضرر جمع الثلاث يتضاعف على ذلك أضعافا كثيرة فالتحريم ثم تنبيه على التحريم ههنا ولأنه قول من سمينا من الصحابة رواه الأثرم وغيره ولم يصح عندنا فى عصرهم خلاف قولهم فيكون ذلك اجماعا .

وأما حديث المتلاعنين فغير لازم لأن الفرقة لم تقع بالطلاق فإنها وقعت بمجرد لعانهما وعند الشافعي بمجرد لعان الزوج فلا حجة فيه ثم إن اللعان يوجب تحريما مؤبداً فالطلاق بعده كالطلاق بعد انفساخ النكاح بالرضاع أو غيره ولأن جمع الثلاث انما حرم لما يعقبه من الندم ويحصل به من الضرر ويفوت عليه من حل نكاحها ولا يحصل ذلك بالطلاق بعد اللعان لحصوله باللعان وسائر الاحاديث لم يقع فيها جمع الثلاث بين يدى النبي (ص) فيكون مقراً عليه ولا حضر المطلق

عند النبي (ص) حين أخبر بذلك لينكر عليه، على أن حديث فاطمة قد جاء فيه أنه أرسل اليها بتطليقة كانت بقيت لها من طلاقها وحديث امرأة رفاعة جاء فيه أنه طلقها آخر ثلاث تطليقات. متفق عليه فلم يكن [1] فى شيء من ذلك جمع الثلاث ولاخلاف بين الجميع فى أن الاختيار، والاولى أن يطلق واحدة ثم يدعها حتى تنقضى عدتها الا ما حكينا من قول من قال انه يطلقها فى كل قرء طلقة. والاول أولى فإن فى ذلك امتثالا لأمر الله سبحانه وموافقة لقول السلف وأمنا من الندم، فإنه متى ندم راجعها فإن فاته ذلك بانقضاء عدتها فله نكاحها.

قال محمد بن سيرين ان عليا كرم الله وجهه قال، لو ان الناس اخذوا بما امر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبداً يطلقها تطليقة ثم يدعها ما بينها و بين أن تحيض ثلاثا فمتى شاء راجعها، رواه النجاد بإسناده، وعن عبد الله قال: من أراد أن يطلق الطلاق الذى هو الطلاق فليمهل حتى اذا حاضت ثم طهرت طلقها تطليقة فى غير جماع ثم يدعها حتى تنقضى عدتها، لا يطلقها ثلاثا وهى حامل فيجمع الله عليه نفقتها واجر رضاعها ويندمه الله فلا يستطيع اليها سبيلا.

## فصل

وان طلق ثلاثا بكلمة واحدة وقع الثلاث وحرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره ولا فرق بين قبل الدخول وبعده روى ذلك عن ابن عباس وابى هريرة وابن عمر وعبد الله بن عمرو وابن مسعود وانس، وهو قول أكثر اهل العلم من التابعين والأئمة بعدهم وكان عطاء وطاوس وسعيد بن جبير وابو الشعثاء وعمرو ابن دينار يقولون من طلق البكر ثلاثا فهى واحدة.

وروى طاوس عن ابن عباس قال، كان الطلاق على عهد رسول الله (ص) وابى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، رواه ابو داود، وروى سعيد بن جبير وعمرو بن دينار ومجاهد ومالك بن الحارث عن ابن عباس خلاف رواية طاوس. أخرجه أيضا أبو داود وأفتى ابن عباس بخلاف مارواه عنه طاوس وقد ذكرنا حديث ابن عمر أرأيت لو طلقتها ثلاثا. وروى الدارقطنى بإسناده

---

(١) فى نسخة فلم يكره.

عن عبادة بن الصامت قال « طلق بعض آبائي امرأته ألفا فانطلق بنوه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا يارسول الله إن أبانا طلق أمنا ألفا فهل له مخرج ؟ فقال « إن أباكم لم يتق الله فيجعل له من أمره مخرجا بانت منه بثلاث على غير السنة وتسعمائة وسبعة وتسعون اثم في عنقه » ولأن النكاح ملك يصح إزالته متفرقا فصح مجتمعا كسائر الأملاك.

فأما حديث ابن عباس فقد صحت الرواية عنه بخلافه وأفتى أيضا بخلافه ، قال الأثرم سألت أبا عبد الله عن حديث ابن عباس بأي شيء تدفعه ؟ فقال أدفعه برواية الناس عن ابن عباس من وجوه خلافه ثم ذكر عن عدة عن ابن عباس من وجوه أنها ثلاث : وقيل معنى حديث ابن عباس ان الناس كانوا يطلقون واحدة على عهد رسول الله (ص) وأبي بكر وإلا فلا يجوز أن يخالف عمر ما كان في عهد رسول الله (ص) وأبي بكر ولا يسوغ لابن عباس أن يروى هذا عن رسول الله (ص) ويفتي بخلافه.

(فصل) وان طلق اثنتين في طهر ثم تركها حتى انقضت عدتها فهو للسنة لأنه لم يحرمها على نفسه ولم يسد على نفسه المخرج من الندم ولكنه ترك الاختيار لأنه فوت على نفسه طلقة جعلها الله له من غير فائدة تحصل بها ، فكان مكروها كتضييع المال.

« مسألة » قال (وإذا قال لها أنت طالق للسنة وكانت حاملا أو طاهرا لم يجامعها فيه فقد وقع الطلاق : وان كانت حائضا لزمها الطلاق اذا طهرت وان كانت طاهرة جامعها فيه فاذا طهرت من الحيضة المستقبلة لزمها الطلاق)

وجملة ذلك أنه اذا قال لامرأته أنت طالق للسنة فمعناه في وقت السنة فان كانت طاهراً غير مجامعة فيه فهو وقت السنة على ما أسلفناه : وكذلك ان كانت حاملا ، قال ابن عبد البر لاخلاف بين العلماء أن الحامل طلاقها للسنة : وقال أحمد اذهب الى حديث سالم عن أبيه ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا وأخرجه مسلم وغيره فأمره بالطلاق في الطهر أو في الحمل ، فطلاق السنة ما وافق الأمر ولأن مطلق الحامل التي استبان حملها قد دخل على بصيرة فلا يخاف ظهور أمر يتجدد به الندم

وليست مرتابة لعدم اشتباه الأمر عليها ، فإذا قال لها أنت طالق للسنة فى هاتين الحالتين طلقت لأنه وصف الطلقة بصفتها فوقعت فى الحال ، وإن قال ذلك لحائض لم تقع فى الحال لأن طلاقها طلاق بدعة لكن إذا طهرت طلقت لأن الصفة وجدت حينئذ فصار كأنه قال أنت طالق فى النهار فان كانت فى النهار طلقت وإن كانت فى الليل طلقت إذا جاء النهار ، وإن كانت فى طهر جامعها فيه لم يقع حتى تحيض ثم تطهر لأن الطهر الذى جامعها فيه والحيض بعده زمان بدعة فإذا طهرت من الحيضة المستقبلة طلقت حينئذ لأن الصفة وجدت ، وهذا كله مذهب الشافعى وأبى حنيفة ولا أعلم فيه مخالفاً ، فإن أولج فى آخر الحيض واتصل بأول الطهر أو أولج مع أول الطهر لم تقع الطلاق فى ذلك الطهر لكن متى جاء طهر لم يجامعها فيه طلقت فى أوله وهذا كله مذهب الشافعى ولا أعلم فيه مخالفاً .

( فصل ) إذا انقطع الدم من الحيض فقد دخل زمان السنة ويقع عليها طلاق السنة وإن لم تغتسل كذلك قال أحمد وهو ظاهر كلام الخرقى وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة . إن طهرت لأكثر الحيض مثل ذلك وإن انقطع الدم لدون أكثره لم يقع حتى تغتسل أو تتيمم عند عدم الماء وتصلى أو يخرج عنها وقت صلاة لأنه متى لم يوجد فما حكمنا بانقطاع حيضها .

ولنا : أنها طاهر فوقع بها طلاق السنة كالتى طهرت لأكثر الحيض ، والدليل على أنها طاهر أنها تؤمر بالغسل ويلزمها ذلك ويصح منها وتؤمر بالصلاة وتصح صلاتها ، ولأن فى حديث ابن عمر فاذا طهرت طلقها إن شاء ، وما قاله غير صحيح فاننا لو لم نحكم بالطهر لما أمرناها بالغسل ولا صح منها .

« مسألة » قال ( ولو قال لها أنت طالق للبدعة وهى فى طهر لم يصبها فيه لم تطلق حتى يصيبها أو تحيض )

هذه المسألة عكس تلك فانه وصف الطلقة بأنها للبدعة فان قال ذلك لحائض أو طاهر مجامعة فيه وقع الطلاق فى الحال لأنه وصف الطلقة بصفتها وإن كانت فى طهر لم يصبها فيه لم يقع فى الحال فاذا حاضت طلقت بأول جزء من الحيض وإن أصابها طلقت بالتقاء الختانين فان نزع من غير توقف فلا شىء عليها ، وإن

أولج بعد النزع فقد وطىء مطلقته ويأتى بيان حكم ذلك ، وإن أصابها واستدام ذلك فسنذكرها أيضاً إن شاء الله تعالى فيما بعد .

( فصل ) فان قال لطاهر أنت طالق للبدعة فى الحال فقد قيل : إن الصفة تلغو ويقع الطلاق . لأنه وصفها بما لاتتصف به فلغت الصفة دون الطلاق ، ويحتمل أن تطلق فى الحال ثلاثا لأن ذلك طلاق بدعة فانصرف الوصف بالبدعة إليه لتعذر صفة البدعة من الجهة الأخرى ، وإن قال لحائض أنت طالق للسنة فى الحال لغت الصفة ووقع الطلاق لأنه وصف الطلقة بما لاتتصف به وإن قال أنت طالق ثلاثا للسنة وثلاثا للبدعة طلقت ثلاثا فى الحال بناء على ما سنذكره .

( فصل ) وإن قال أنت طالق ثلاثا للسنة فالمنصوص عن أحمد أنها تطلق ثلاثا إن كانت طاهراً غير مجامعة فيه ، وإن كانت حائضاً طلقت ثلاثا إذا طهرت وهذا مذهب الشافعى ، قال القاضى وأبو الخطاب : هذا على الرواية التى قال فيها إن جمع الثلاث يكون سنة فأما على الرواية الأخرى فإذا طهرت طلقت واحدة وتطلق الثانية والثالثة فى نكاحين آخرين أو بعد رجعتين وقد أنكر أحمد هذا فقال فى رواية مهنا إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا للسنة قد اختلفوا فيه فنهم من يقول يقع عليها الساعة واحده فلو راجعها تقع عليها تطليقة أخرى وتكون عنده على أخرى ، وما يعجبنى قولهم هذا فيحتمل أن أحمد أوقع الثلاث لأن ذلك عنده سنة ويحتمل أنه أوقعها لوصفه الثلاث بما لاتتصف به فألغى الصفة وأوقع الطلاق كما لو قال لحائض أنت طالق فى الحال للسنه ، وقد قال فى رواية أبى الحارث ما يدل على هذا قال يقع عليها الثلاث ولا معنى لقوله للسنة .

وقال أبو حنيفة يقع فى كل قرء طلقة ، وإن كانت من ذوات الأشهر وقع فى كل شهر طلقة وبناه على أصله فى أن السنة تفريق الثلاث على الإطهار وقد بينا أن ذلك فى حكم جمع الثلاث فإن قال أردت بقولى للسنة إيقاع واحدة فى الحال واثنتين فى نكاحين آخرين قبل منه ، وإن قال : أردت أن يقع فى كل قرء طلقة قبل أيضاً لأنه مذهب طائفة من أهل العلم وقد ورد به الأثر فلا يبعد أن يريده ، وقال أصحابنا يدين وهل يقبل فى الحكم ؟ على وجهين .

أحدهما : لا يقبل لأن ذلك ليس بسنة . والثانى : يقبل لما قدمنا ، فإن كانت فى زمن البدعة فقال سبق لسانى إلى قول السنة ولم أرده ، وإنما أردت الإيقاع فى الحال وقع فى الحال لأنه مالك لإيقاعها فإذا اعترف بما يوقعها قبل منه .

( فصل ) إذا قال أنت طالق ثلاثا بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة طلقت فى الحال طلقتين وتأخرت الثالثة إلى الأخرى لأنه سوى بين الحالين فاقتضى الظاهر أن يكونا سواء فيقع فى الحال طلقة ونصف ثم يكمل النصف لكون الطلاق لا يتبعض فيقع طلقتان ويحتمل أن تقع طلقة وتتأخر اثنتان إلى الحال الأخرى لأن البعض يقع على ما دون الكل ويتناول القليل من ذلك والكثير فيقع أقل ما يقع عليه الاسم لأنه اليقين وما زاد لا يقع بالشك فيتأخر إلى الحال الأخرى ، فإن قيل فلم لا يقع من كل طلقة بعضها ثم تكمل فيقع الثلاث ؟ قلنا متى أمكنت القسمة من غير تكسير وجب القسمة على الصحة ، وإن قال نصفهن للسنة ونصفهن للبدعه وقع فى الحال طلقتان وتأخرت الثالثة ، وإن قال طلقتان للسنة وواحدة للبدعة أو طلقتان للبدعة وواحدة للسنة فهو على ما قال ، وإن أطلق ثم قال نويت ذلك فإن فسر نيته بما يوقع فى الحال طلقتين قبل لأنه مقتضى الإطلاق ولأنه غير متهم فيه ، وإن فسرها بما يوقع طلقة واحدة ويؤخر اثنتين دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل فى الحكم ؟ فيه وجهان . أظهرهما : أنه يقبل لأن البعض حقيقة فى القليل والكثير فإذا فسر كلامه به لا يخالف الحقيقة فيجب أن يقبل .

والثانى : لا يقبل لأنه فسر كلامه بأخف مما يلزمه حالة الإطلاق ، ومذهب الشافعى على نحو هذا فإن قال أنت طالق ثلاثا بعضها للسنة ولم يذكر شيئاً آخر احتمل أن تكون كالتى قبلها لأنه يلزم من ذلك أن يكون بعضها للبدعة فأشبه مالو صرح به ويحتمل أنه لا يقع فى الحال إلا واحدة لأنه لم يسو بين الحالين ، والبعض لا يقتضى النصف فتقع الواحدة لأنها اليقين والزائد لا يقع بالشك وكذلك لو قال بعضها للسنة وباقيها للبدعة أو سائرها للبدعة .

( فصل ) إذا قال أنت طالق إذا قدم زيد فقدم وهى حائض طلقت للبدعة ولم يأثم لأنه لم يقصده ، وإن قال أنت طالق إذا قدم زيد للسنة فقدم فى زمان السنة طلقت وإن قدم فى زمان البدعة لم يقع حتى إذا صارت إلى زمان السنة وقع ويصير كأنه

قال حين قدم زيد أنت طالق للسنة لأنه أوقع الطلاق بقدوم زيد على صفة فلا يقع إلا عليها وان قال لها أنت طالق للسنة إذا قدم زيد قبل أن يدخل بها طلقت عند قدومه حائضاً كانت أو طاهراً لأنها لاسنة لطلاقها ولا بدعة وان قدم بعد دخوله بها وهي في طهر لم يصبها فيه طلقت وان قدم في زمن البدعة لم تطلق حتى يجيء زمن السنة لأنها صارت من لطلاقها سنة وبدعة وان قال لامرأته أنت طالق اذا جاء رأس الشهر للسنة فكان رأس الشهر في زمان السنة وقع وإلا وقع اذا جاء زمان السنة.

« مسألة » قال ( ولو قال لها وهي حائض ولم يدخل بها أنت طالق للسنة طلقت من وقتها ، لأنه لاسنة فيه ولابدعة ) .

قال ابن عبد البر أجمع العلماء أن طلاق السنة إنما هو للمدخول بها ، أما غير المدخول بها فليس لطلاقها سنة ولا بدعة إلا في عدد الطلاق على اختلاف بينهم فيه وذلك لأن الطلاق في حق المدخول بها إذا كانت من ذوات الاقراء إنما كان له سنة وبدعة لأن العدة تطول عليها بالطلاق في الحيض وترتاب بالطلاق في الطهر الذي جامعها فيه وينتفي عنها الأمران بالطلاق في الطهر الذي لم يجامعها فيه أما غير المدخول بها فلا عدة عليها تنفي تطويلها أو الارتياب فيها وكذلك ذوات الأشهر كالصغيرة التي لم تحض والآيسات من المحيض لا سنة لطلاقهن ولا بدعة لأن العدة لا تطول بطلاقها في حال ولا تحمل فترتاب وكذلك الحامل التي استبان حملها فهؤلاء كلهن ليس لطلاقهن سنة ولا بدعة من جهة الوقت في قول أصحابنا وهو مذهب الشافعي وكثير من أهل العلم فإذا قال لإحدى هؤلاء أنت طالق للسنة أو للبدعة وقعت الطلقة في الحال ولغت الصفة . لان طلاقها لا يتصف بذلك فصار كأنه قال : أنت طالق ولم يزد وكذلك إن قال : أنت طالق للسنة والبدعة أو قال : أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة طلقت في الحال . لأنه وصف الطلقة بصفتها ويحتمل كلام الخرقي أن يكون للحامل طلاق سنة لأنه طلاق أمر به بقوله عليه السلام « ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا » وهو أيضا ظاهر كلام أحمد فإنه قال اذهب إلى حديث سالم عن أبيه يعني هذا الحديث ، ولأنها في حال انتقلت إليها بعد زمن البدعة ويمكن أن تنتقل عنها إلى زمان البدعة ،

فكان طلاقها طلاق سنة كالطاهر من الحيض من غير مجامعة ، ويتفرع من هذا أنه لو قال لها : أنت طالق للبدعة لم تطلق الحال ، فإذا وضعت الحمل طلقت لأن النفاس زمان بدعة كالحيض .

( فصل ) وإن قال لصغيرة أو غير مدخول بها : أنت طالق للبدعة ، ثم قال : أردت إذا حاضت الصغيرة أو أصيبت غير المدخول بها أو قال لهما أنتما طالقتان للسنة. وقال : أردت طلاقهما فى زمن يصير طلاقهما فيه للسنة دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل فى الحكم ؟ فيه وجهان ذكرهما القاضى . أحدهما : لا يقبل ، وهو مذهب الشافعى . لأنه خلاف الظاهر فأشبه ما لو قال أنت طالق ثم قال : أردت إذا دخلت الدار . والثانى يقبل وهو الأشبه بمذهب أحمد . لأنه فسر كلامه بما يحتمله فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية إفهامها .

( فصل ) وإذا قال لها فى طهر جامعها فيه : أنت طالق للسنة فيئست من المحيض لم تطلق . لأنه وصف طلاقها بأنه للسنة فى زمن يصلح له فإذا صارت آيسة فليس لطلاقها سنة فلم توجد الصفة فلا يقع . وكذلك إن استبان حملها لم يقع أيضا إلا على قول من جعل طلاق الحامل طلاق سنة فإنه ينبغى أن يقع لوجود الصفة كما لو حاضت ثم طهرت .

( فصل ) إذا قال أنت طالق فى كل قرء طلقة وهى من ذوات القرء وقع فى كل قرء طلقة ، فإن كانت فى القرء وقعت بها واحدة فى الحال ووقع بها طلقتان فى قرأين آخرين فى أولها سواء قلنا القرء الحيض أو الإطهار ، وسواء كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها . إلا أن غير المدخول بها تبين بالطلقة الأولى ، فإن تزوجها وقع بها فى القرء الثانى طلقة أخرى وكذلك الحكم فى الثالثة ، وإن كانت صغيرة وقلنا القرء الحيض لم تطلق حتى تحيض فتطلق فى كل حيضة طلقة وإن قلنا القرء الاطهار احتمل أن تطلق فى الحال واحدة ثم لا تطلق حتى تحيض ثم تطهر فتطلق الثانية ثم الثالثة فى الطهر الآخر ثم تطهر لأن الطهر قبل الحيض كله قرء واحد ، ويحتمل أن لا تطلق حتى تطهر بعد الحيض ، لأن القرء هو الطهر بين الحيضتين ، وكذلك لو حاضت الصغيرة فى عدتها لم تحتسب بالطهر الذى قبل الحيض من عدتها فى أحد الوجهين ، والحكم فى الحامل كالحكم فى الصغيرة ، لأن زمن الحمل كله قرء واحد فى أحد الوجهين إذا قلنا الاقراء

الاطهار . والوجه الآخر : ليس بقرء على كل حال ، وإن كانت آيسة . فقال القاضي: تطلق واحدة على كل حال . لأنه علق طلاقها بصفة تستحيل فيها فلغت ووقع بها الطلاق كما لو قال لها : أنت طالق للبدعة ، وإذا طلقت الحامل فى حال حملها بانت بوضعه . لأن عدتها تنقضى به فلم يلحقها طلاق آخر فإن استأنف نكاحها أو راجعها قبل وضع حملها ثم طهرت من النفاس طلقت أخرى ثم إذا حاضت ثم طهرت وقعت الثالثة .

( فصل ) فإن قال أنت طالق للسنة إن كان الطلاق يقع عليك للسنة وهى فى زمن السنة طلقت بوجود الصفة وإن لم تكن فى زمن السنة انحلت الصفة ولم يقع بحال لأن الشرط ما وجد . وكذلك إن قال : أنت طالق للبدعة إن كان الطلاق يقع عليك للبدعة ، إن كانت فى زمن البدعة وقع وإلالم يقع بحال . فإن كانت ممن لاسنة لطلاقها ولا بدعة فذكر القاضى فيها احتمالين .

أحدهما : لا يقع فى المسألتين لأن الصفة ما وجدت فأشبه ما لو قال أنت طالق إن كنت هاشمية ، ولم تكن هاشمية .

والثانى : تطلق لأنه شرط لوقوع الطلقة شرطا مستحيلا فلغى ووقع الطلاق كما لو قال أنت طالق للسنة والأول أشبه وللشافعية وجهان كهذين .

( فصل ) فإن قال أنت طالق أحسن الطلاق أو أجمله أو أعدله أو أكمله أو أتمه أو أفضله أو قال طلقة حسنة أو جميلة أو عدلة أو سنية كان ذلك كله عبارة عن طلاق السنة وبه قال الشافعى ، وقال محمد بن الحسن إذا قال أعدل الطلاق أو أحسنه ونحوه كقولنا ، وإن قال طلقة سنية أو عدلة وقع الطلاق فى الحال لأن الطلاق لا يتصف بالوقت والسنه والبدعة وقت فإذا وصفها بما لا تتصف به سقطت الصفة كما لو قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة رجعية . أو قال لها أنت طالق للسنة أو للبدعة .

ولنا : أن ذلك عبارة عن طلاق السنة ويصح وصف الطلاق بالسنة والحسن لكونه فى ذلك الوقت موافقا للسنة مطابقا للشرع فهو كقوله أحسن الطلاق . وفارق قوله طلقة رجعية لأن الرجعة لا تكون إلا فى عدة ولا عدة لها فلا يحصل ذلك بقوله ، فإن قال نويت بقولى أعدل الطلاق وقوعه فى حال الحيض لأنه أشبه بأخلاقها القبيحة ولم أرد الوقت وكانت فى الحيض وقع الطلاق لأنه إقرار على نفسه

بما فيه تغليظ ، وإن كانت فى حال السنة دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل فى الحكم ، على وجهين كما تقدم .

( فصل ) فإن عكس فقال أنت طالق أقبح الطلاق وأسمجه أو أفحشه أو أنتنه أو أردأه حمل على طلاق البدعة فإن كانت فى وقت البدعة وإلا وقف على مجىء زمان البدعة ، وحكى عن أبى بكر أنه يقع ثلاثا إن قلنا إن جمع الثلاث بدعه . وينبغى أن تقع الثلاث فى وقت البدعة ليكون جامعاً لبدعتى الطلاق فيكون أقبح الطلاق ، وإن نوى بذلك غير طلاق البدعة نحو أن يقول إنما أردت أن طلاقك أقبح الطلاق لأنك لا تستحقينه لحسن عشرتك وجميل طريقتك وقع فى الحال ، وإن قال أردت بذلك طلاق السنة ليتأخر الطلاق عن نفسه إلى زمن السنة لم يقبل لأن لفظه لايحتمله، وإن قال أنت طالق طلقة حسنة قبيحة فاحشة جميلة تامة ناقصة وقع فى الحال . لأنه وصفها بصفتين متضادتين فلغيا وبقى مجرد الطلاق . فإن قال أردت أنها حسنة لكونها فى زمان السنة وقبيحة لإضرارها بك ، أو قال أردت أنها حسنة لتخليصى من شرك وسوء خلقك وقبيحة لكونها فى زمان البدعة وكان ذلك يؤخر وقوع الطلاق عنه دين وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على وجهين .

( فصل ) فإن قال أنت طالق طلاق الحرج فقال القاضى معناه طلاق البدعة . لأن الحرج الضيق والإثم فكأنه قال طلاق الإثم وطلاق البدعة طلاق إثم ، وحكى ابن المنذر عن على رضى الله عنه أنه يقع ثلاثا . لأن الحرج الضيق والذى يضيق عليه ويمنعه الرجوع إليها ويمنعها الرجوع إليه هو الثلاث . وهو مع ذلك طلاق بدعة وفيه إثم فيجتمع عليه الأمران الضيق والإثم ، وإن قال طلاق الحرج والسنة كان كقوله طلاق البدعة والسنة ،

« مسألة » قال ( وطلاق الزائل العقل بلا سكر لا يقع )

أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو ما فى معناه لا يقع طلاقه . كذلك قال عثمان وعلى وسعيد بن المسيب والحسن والنخعى والشعبى وأبو قلابة وقتادة والزهرى ويحى الأنصارى ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى . وأجمعوا على أن الرجل إذا طلق فى حال نومه لا طلاق له ، وقد ثبت أن النبى

صلى الله عليه وسلم قال « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق » .

وروى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله » رواه النجاد . وقال الترمذي لانعرفه إلا من حديث عطاء بن عجلان وهو ذاهب الحديث ، وروى بإسناده عن علي مثل ذلك. ولأنه قول يزيل الملك فاعتبر له العقل كالبيع وسواء زال عقله لجنون أو إغماء أو نوم أو شرب دواء أو إكراه على شرب خمر أو شرب ما يزيل عقله شربه . ولا يعلم أنه مزيل للعقل فكل هذا يمنع وقوع الطلاق رواية واحدة ولا نعلم فيه خلافا ، فأما إن شرب البنج ونحوه مما يزيل عقله عالما به متلاعباً فحكمه حكم السكران في طلاقه. وبهذا قال أصحاب الشافعي . وقال أصحاب أبي حنيفة لا يقع طلاقه : لأنه لايلتذ بشربها .

ولنا : أنه زال عقله بمعصية فأشبه السكران .

( فصل ) قال أحمد في المغمى عليه إذا طلق فلما أفاق علم أنه كان مغمى عليه . وهو ذاكر لذلك . فقال : إذا كان ذاكراً لذلك فليس هو مغمى عليه يجوز طلاقه، وقال في رواية أبي طالب في المجنون يطلق فقيل له بعد ما أفاق : أنك طلقت امرأتك فقال : أنا أذكر أني طلقت ولم يكن عقلي معي . فقال إذا كان يذكر أنه طلق فقد طلقت ، فلم يجعله مجنونا إذا كان يذكر الطلاق ويعلم به . وهذا والله أعلم فيمن جنونه بذهاب معرفته بالكلية وبطلان حواسه ، فأما من كان جنونه لنشاف أو كان مبرسماً فإنه يسقط حكم تصرفه . مع أن معرفته غير ذاهبة بالكلية فلا يضره ذكره للطلاق إن شاء الله تعالى .

« مسألة » قال ( وعن أبي عبد الله رحمه الله في السكران روايات : رواية يقع الطلاق ورواية لا يقع ، ورواية يتوقف عن الجواب ويقول قد اختلف فيه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ) .

أما التوقف عن الجواب فليس بقول في المسألة إنما هو ترك للقول فيها وتوقف عنها لتعارض الأدلة فيها وإشكال دليلها ويبقى في المسألة روايتان .

إحداهما : يقع طلاقه اختارها أبو بكر الخلال والقاضي : وهو مذهب سعيد

ابن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وميمون بن مهران والحكم ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي في أحد قوليه وابن شبرمه وأبي حنيفة وصاحبيه وسليمان بن حرب لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه» ومثل هذا عن علي ومعاوية وابن عباس(١) قال ابن عباس طلاق السكران جائز إن ركب معصية من معاصي الله نفعه ذلك . ولأن الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد بالقذف بدليل ما روى أبو وبرة الكلبي . قال أرسلني خالد إلى عمر فأتيته في المسجد ومعه عثمان وعلي وعبد الرحمن وطلحة والزبير فقلت : إن خالدا يقول إن الناس انهمكوا في الخمر وتحاقروا العقوبة ، فقال عمر هؤلاء عندك فسلهم فقال علي نراه إذا سكر هذى وإذا هذى افترى ، وعلى المفترى ثمانون ، فقال عمر أبلغ صاحبك ماقال فجعلوه كالصاحي ولأنه إيقاع للطلاق من مكلف غير مكره صادف ملكه فوجب ان يقع كطلاق الصاحي ويدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل ويقطع بالسرقة وبهذا فارق المجنون .

والرواية الثانية : لايقع طلاقه اختارها أبو بكر عبد العزيز : وهو قول عثمان رضي الله عنه ومذهب عمر بن عبد العزيز والقاسم وطاوس وربيعة ويحي الأنصاري والليث والعنبري وإسحاق وأبي ثور والمزني . قال ابن المنذر : هذا ثابت عن عثمان ولا نعلم أحداً من الصحابة خالفه ، وقال أحمد حديث عثمان أرفع شيء فيه وهو أصح يعني من حديث علي وحديث الأعمش منصور لا يرفعه إلى علي ولأنه زائل العقل أشبه المجنون ، والنائم ولأنه مفقود الإرادة أشبه المكره ولأن العقل شرط للتكليف إذ هو عباره عن الخطاب بأمر أو نهي ولا يتوجه ذلك إلى من لا يفهمه ، ولا فرق بين زوال الشرط بمعصية أو غيرها بدليل أن من كسر ساقيه جاز له أن يصلي قاعداً ، ولوضربت المرأة بطنها فنفست سقطت عنها الصلاة ، ولوضرب رأسه فجن سقط التكليف . وحديث أبي هريرة لا يثبت . وأما قتله وسرقته فهو كمسألتنا .

( فصل ) والحكم في عتقه ونذره وبيعه وشرائه وردته وإقراره وقتله وقذفه

---

(١) بل ذكر البخاري في صحيحه قال ابن عباس طلاق السكران والمستكره ليس بجائز هكذا بصيغة الجزم وما كان فيه بصيغة الجزم حكمه حكم مسنده في الصحة .

وسرقته كالحكم فى طلاقه لأن المعنى فى الجميع واحد ، وقد روى عن أحمد فى بيعه وشرائه الروايات الثلاث وسأله ابن منصور إذا طلق السكران أو سرق أو زنى أو افترى أو اشترى أو باع فقال أجبن عنه لا يصح من أمر السكران شيء وقال أبو عبد الله بن حامد حكم السكران حكم الصاحى فيما له وفيما عليه فأما فيما له وعليه كالبيع والنكاح والمعاوضات فهو كالمجنون لا يصح له شيء وقد أومأ إليه أحمد ، والأولى أن ماله أيضاً لا يصح منه لان تصحيح تصرفاته فيما عليه مؤاخذة له . وليس من المؤاخذة تصحيح تصرف له .

( فصل ) وحد السكر الذى يقع الخلاف فى صاحبه هو الذى يجعله يخلط فى كلامه ولا يعرف رداءه من رداء غيره ، ونعله من نعل غيره ونحو ذلك لأن الله تعالى قال ( يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ) فجعل علامة زوال السكر علمه ما يقول ، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : استقرئوه القرآن أو ألقوا رداءه فى الأردية فإن قرأ أم القرآن أو عرف رداءه وإلا فأقم عليه الحد ، ولا يعتبر أن لا يعرف السماء من الأرض ولا الذكر من الأنثى لأن ذلك لا يخفى على المجنون فعليه أولى .

« مسألة » قال ( وإذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه )

وأما الصبي الذى لا يعقل فلا خلاف فى أنه لا طلاق له ، وأما الذى يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين به وتحرم عليه فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع اختارها أبو بكر والخرقى وابن حامد وروى نحو ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي وإسحاق ، وروى أبو طالب عن أحمد لا يجوز طلاقه حتى يحتلم وهو قول النخعى والزهرى ومالك وحماد والثورى وأبى عبيد ، وذكر أبو عبيد أنه قول أهل العراق وأهل الحجاز ، وروى نحو ذلك عن ابن عباس لقول النبي صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم » ولأنه غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون ووجه الأولى قوله عليه السلام « الطلاق لمن أخذ بالساق » وقوله « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله » وروى عن على رضى الله عنه أنه قال: اكتموا الصبيان النكاح فيفهم منه أن فائدته أن لا يطلقوا ولأنه طلاق من عاقل صادف محل الطلاق فوقع كطلاق البالغ

( فصل ) وأكثر الروايات عن أحمد تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل وهو اختيار القاضي وروى عن أحمد أبو الحارث إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثنتى عشرة وهذا يدل على أنه لا يقع لدون العشر وهو اختيار أبي بكر لأن العشر حد للضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصيه فكذلك هذا وعن سعيد بن المسيب إذا أحصى الصلاة وصام رمضان جاز طلاقه ، وقال عطاء إذا بلغ أن يصيب النساء ، وعن الحسن إذا عقل وحفظ الصلاة وصام رمضان ، وقال إسحاق إذا جاوز اثنتى عشرة .

( فصل ) ومن أجاز طلاق الصبي اقتضى مذهبه أن يجوز توكيله فيه وتوكله لغيره وقد أومأ إليه أحمد فقال فى رجل قال لصبي طلق امرأتى فقال قد طلقتك ثلاثا لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق فقيل له فإن كانت له زوجة صبية فقالت صير أمرى إلى ، فقال لها أمرك بيدك فقالت قد اخترت نفسى فقال أحمد ليس بشيء حتى يكون مثلها يعقل الطلاق ، وقال أبو بكر لا يصح أن يوكل حتى يبلغ وحكاه عن أحمد .

ولنا أن من صح تصرفه فى شيء مما تجوز الوكالة فيه بنفسه صح توكيله ووكالته فيه كالبالغ وما روى عن أحمد من منع ذلك فهو على الرواية التى لا تجيز طلاقه إن شاء الله تعالى .

( فصل ) فأما السفيه فيقع طلاقه فى قول أكثر أهل العلم منهم القاسم بن محمد ومالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحابه ومنع منه عطاء ، والأولى صحته لأنه مكلف مالك لمحل الطلاق فوقع طلاقه كالرشيد ، والحجر عليه فى ماله لا يمنع تصرفه فى غير ما هو محجور عليه فيه كالمفلس .

« مسألة » قال ( ومن أكره على الطلاق لم يلزمه )

لا تختلف الرواية عن أحمد أن طلاق المكره لا يقع وروى ذلك عن عمر وعلى وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وجابر بن سمرة وبه قال عبد الله بن عبيد بن عمير وعكرمة والحسن وجابر بن زيد وشريح وعطاء وطاوس وعمر بن عبد العزيز وابن عون وأيوب السختيانى ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد

وأجازه أبو قلابة والشعبي والنخعي والزهري والثوري وأبو حنيفة وصاحباه لأنه طلاق من مكلف في محل يملكه فينفذ كطلاق غير المكره .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » رواه ابن ماجه وعن عائشة رضي الله عنها قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا طلاق في إغلاق » رواه أبو داود والأثرم قال أبو عبيد والقتيبي معناه في إكراه وقال أبو بكر سألت ابن دريد وأبا طاهر النحويين فقالا يريد الإكراه لأنه إذا أكره انغلق عليه رأيه ، ويدخل في هذا المعنى المبرسم والمجنون ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون إجماعا ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يثبت له حكم ككلمة الكفر إذا أكره عليها .

(فصل) وإن كان الإكراه بحق نحو إكراه الحاكم المولى على الطلاق بعد التربص إذا لم يفىء وإكراهه الرجلين اللذين زوجهما وليان ولا يعلم السابق منهما على الطلاق وقع الطلاق لأنه قول حمل عليه بحق فصح كإسلام المرتد إذا أكره عليه ولأنه إنما جاز إكراهه على الطلاق ليقع طلاقه فلو لم يقع لم يحصل المقصود .

« مسألة » قال (ولا يكون مكرهاً حتى ينال بشيء من العذاب مثل الضرب أو الخنق أو عصر الساق وما أشبهه ولا يكون التواعد كرها) .

أما إذا نيل بشيء من العذاب كالضرب والخنق والعصر والحبس والغط في الماء مع الوعيد فإنه يكون إكراهاً بلا إشكال لما روى أن المشركين أخذوا عماراً فأرادوه على الشرك فأعطاهم فانتهى إليه النبي صلى الله عليه وسلم وهو يبكي فجعل يمسح الدموع عن عينيه ويقول « أخذك المشركون فغطوك في الماء وأمروك أن تشرك بالله ففعلت فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم » رواه أبو حفص بإسناده ، وقال عمر رضي الله عنه ليس الرجل أميناً على نفسه إذا وجعته أو ضربته أو أوثقته وهذا يقتضي وجود فعل يكون به إكراها ، فأما الوعيد بمفرده فعن أحمد فيه روايتان ، إحداهما ، ليس بإكراه لأن الذي ورد الشرع بالرخصة معه هو ما ورد في حديث عمار وفيه « أنهم أخذوك فغطوك في الماء » فلا يثبت الحكم إلا فيما كان مثله .

والرواية الثانية : أن الوعيد بمفرده إكراه . قال فى رواية ابن منصور حد الإكراه إذا خاف القتل أو ضرباً شديداً وهذا قول أكثر الفقهاء وبه يقول أبو حنيفة والشافعى لأن الإكراه لا يكون إلا بالوعيد فإن الماضى من العقوبة لا يندفع بفعل ما أكره عليه ولا يخشى من وقوعه وإنما أبيح له فعل المكره عليه دفعاً لما يتوعده به من العقوبة فيما بعد وهو فى الموضعين واحد ، ولأنه متى توعده بالقتل وعلم أنه يقتله فلم يبح له الفعل أفضى إلى قتله وإلقائه بيده إلى التهلكة ولا يفيد ثبوت الرخصة بالإكراه شيئاً لأنه إذا طلق فى هذه الحال وقع طلاقه فيصل المكره إلى مراده ويقع الضرر بالمكره ، وثبوت الإكراه فى حق من نيل بشىء من العذاب لا ينفى ثبوته فى حق غيره ، وقد روى عن عمر رضى الله عنه فى الذى تدلى يشتار عسلا فوقفت امرأته على الحبل وقالت طلقنى ثلاثاً وإلا قطعته فذكرها الله والإسلام فقالت لتفعلن أو لأفعلن فطلقها ثلاثاً فرده إليها رواه سعيد بإسناده وهذا كان وعيداً .

(فصل) ومن شرط الإكراه ثلاثة أمور . أحدها : أن يكون من قادر بسلطان أو تغلب كاللص ونحوه وحكى عن الشعبى إن أكرهه اللص لم يقع طلاقه وإن أكرهه السلطان وقع قال ابن عيينة لأن اللص يقتله وعموم ما ذكرناه فى دليل الإكراه يتناول الجميع والذين أكرهوا عماراً لم يكونوا لصوصاً وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم لعمار : إن عادوا فعد ولأنه إكراه فمنع وقوع الطلاق كإكراه اللصوص . الثانى : أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى ما طلبه . والثالث : أن يكون مما يستضر به ضرراً كثيراً كالقتل والضرب الشديد والقيد والحبس الطويلين ، فأما الشتم والسب فليس بإكراه رواية واحدة وكذلك أخذ المال اليسير ، فأما الضرر اليسير فإن كان فى حق من لا يبالى به فليس بإكراه وإن كان من ذوى المروءات على وجه يكون إخراقاً بصاحبه وغضاً له وشهرة فى حقه فهو كالضرب الكثير فى حق غيره ، وإن توعد بتعذيب ولده فقد قيل ليس بإكراه لأن الضرر لاحق بغيره والأولى أن يكون إكراها لأن ذلك عنده أعظم من أخذ ماله والوعيد بذلك إكراه فكذلك هذا .

(فصل) وإن أكره على طلاق امرأة فطلق غيرها وقع لأنه غير مكرهٍ عليه وإن أكره على طلقة فطلق ثلاثا وقع أيضاً لأنه لم يكره على الثلاث وإن طلق من أكره على طلاقها وغيرها وقع طلاق غيرها دونها وإن خاصت نيته فى الطلاق دون دفع الإكراه وقع لأنه قصده واختاره ويحتمل أن لا يقع لأن اللفظ مرفوع عنه فلا يبقى إلا مجرد النية فلا يقع بها طلاق ، وإن طلق ونوى بقلبه غير امرأته أو تأول فى يمينه فله تأويله ويقبل قوله فى نيته لأن الإكراه دليل له على تأويله وإن لم يتأول وقصدها بالطلاق لم يقع لأنه معذور ، وذكر أصحاب الشافعى وجها أنه يقع لأنه لا مكره له على نيته .

ولنا أنه مكره عليه فلم يقع لعموم ما ذكرنا من الأدلة ولأنه قد لا يحضره التأويل فى تلك الحال فتفوت الرخصة .

## باب تصريح الطلاق وغيره

وجملة ذلك أن الطلاق لا يقع إلا بلفظ فلو نواه بقلبه من غير لفظ لم يقع فى قول عامة أهل العلم منهم عطاء وجابر بن زيد وسعيد بن جبير ويحيى بن أبى كثير والشافعى وإسحاق وروى أيضاً عن القاسم وسالم والحسن والشعبى ، وقال الزهرى إذا عزم على ذلك طلقت وقال ابن سيرين فيمن طلق فى نفسه أليس قد علمه الله ؟

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « إن الله تجاوز لأمتى عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم به أو تعمل » رواه النسائى والترمذى وقال هذا حديث صحيح ولأنه تصرف يزيل الملك فلم يحصل بالنية كالبيع والهبة ، وإن نواه بقلبه وأشار بأصابعه لم يقع أيضاً لما ذكرناه . إذا ثبت أنه يعتبر فيه اللفظ فاللفظ ينقسم فيه إلى صريح وكناية فالصريح يقع به الطلاق من غير نية والكناية لا يقع بها الطلاق حتى ينويه أو يأتى بما يقوم مقام نيته .

«مسألة» قال (وإذا قال قد طلقتك أو قد فارقتك أو قد سرحتك لزمها الطلاق) .

هذا يقتضى أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن وهذا مذهب الشافعى وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن صريح الطلاق لفظ

الطلاق وحده وما تصرف منه لا غير وهو مذهب أبي حنيفة ومالك إلا أن مالكا يوقع الطلاق به بغير نية لأن الكنايات الظاهرة لا تفتقر عنده إلى النية ، وحجة هذا القول أن لفظ الفراق والسراح يستعملان فى غير الطلاق كثيراً فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته ، ووجه الأول أن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب بمعنى الفرقة بين الزوجين فكانا صريحين فيه كلفظ الطلاق ، قال الله تعالى : (فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان) وقال (فأمسكوهن بمعروف) وقال سبحانه (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته) وقال سبحانه (فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا) وقول ابن حامد أصح فإن الصريح فى الشيء ما كان نصا فيه لا يحتمل غيره إلا احتمالا بعيداً ، ولفظة الفراق والسراح إن وردا فى القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين فقد وردا لغير ذلك المعنى وفى العرف كثيراً قال الله تعالى : (واعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا) وقال (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب) فلا معنى لتخصيصه بفرقة الطلاق على أن قوله (أو فارقوهن بمعروف) لم يرد به الطلاق وإنما هو ترك ارتجاعها وكذلك قوله (أو تسريح بإحسان) ولا يصح قياسه على لفظ الطلاق فإنه مختص بذلك سابق إلى الإفهام من غير قرينة ولا دلالة بخلاف الفراق والسراح ، فعلى كلا القولين إذا قال طلقتك أو أنت طالق أو مطلقة وقع الطلاق من غير نية وإن قال فارقتك أو أنت مفارقة أو سرحتك أو أنت مسرحة فمن يراه صريحا أوقع به الطلاق من غير نية ومن لم يره صريحا لم يوقعه به إلا أن ينويه ، فإن قال أردت بقولى فارقتك أى بجسمى أو بقلبي أو بمذهبي أو سرحتك من يدى أو شغلى أو من حبسى أو سرحت شعرك قبل قوله ، وإن قال أردت بقولى أنت طالق أى من وثاقى أو قال أردت أن أقول طلبتك فسبق لسانى فقلت طلقتك ونحو ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى فمتى علم من نفسه ذلك لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه قال أبو بكر لا خلاف عن أبي عبد الله أنه إذا أراد أن يقول لزوجته اسقيني ماء فسبق لسانه فقال أنت طالق أو أنت حرة أنه لا طلاق فيه ، ونقل ابن منصور عنه أنه سئل عن رجل حلف فجرى على لسانه غير ما فى قلبه فقال أرجو أن يكون الأمر فيه واسعا وهل تقبل دعواه فى الحكم ؟ ينظر فإن كان فى حال الغضب أو سؤالها الطلاق لم يقبل فى الحكم لأن لفظه ظاهر فى الطلاق وقرينة حاله تدل عليه فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهين فلا تقبل

وإن لم تكن فى هذه الحال فظاهر كلام أحمد فى رواية ابن منصور وأبى الحارث أنه يقبل قوله وهو قول جابر بن زيد والشعبى والحكم حكاه عنهم أبو حفص لأنه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية إفهامها ، وقال القاضى فيه روايتان : هذه التى ذكرنا قال وهى ظاهر كلام أحمد (والثانية) لا يقبل وهو مذهب الشافعى لأنه خلاف مايقتضيه الظاهر فى العرف فلم يقبل فى الحكم كما لو أقر بعشرة ثم قال زيوفا أو صغارا أو إلى شهر فأما إن صرح بذلك فى اللفظ فقال طلقتك من وثاق أو فارقتك بجسمى أو سرحتك من يدى فلا شك فى أن الطلاق لا يقع لأن ما يتصل بالكلام يصرفه عن مقتضاه كالاستثناء والشرط ، وذكر أبو بكر فى قوله أنت مطلقة أنه إن نوى أنها مطلقة طلاقا ماضيا أو من زوج كان قبله لم يكن عليه شيء ، وإن لم ينو شيئا فعلى قولين ( أحدهما ) يقع ( والثانى ) لا يقع وهذا من قوله يقتضى أن تكون هذه اللفظة غير صريحة فى أحد القولين قال القاضى والمنصوص عن أحمد أنه صريح وهو الصحيح لأن هذه متصرفة من لفظ الطلاق فكانت صريحة فيه كقوله أنت طالق .

( فصل ) فأما لفظة الإطلاق فليست صريحة فى الطلاق لأنها لم يثبت لها عرف الشرع ولا الاستعمال فأشبهت سائر كناياته ، وذكر القاضى فيها احتمالا أنها صريحة لأنه لا فرق بين فعلت وأفعلت نحو عظمته وأعظمته وكرمته وأكرمته وليس هذا الذى ذكره بمطرد فإنهم يقولون حييته من التحية وأحييته من الحياة وأصدقت المرأة صداقا وصدقت حديثها تصديقا ويفرقون بين أقبل وقبل وأدبر ودبر وأبصر وبصر ويفرقون بين المعانى المختلفة بحركة أو حرف فيقولون حمل لما فى البطن وبالكسر لما على الظهر والوقر بالفتح الثقل فى الأذن وبالكسر لثقل الحمل ، وههنا فرق بين حل قيد النكاح وبين غيره بالتضعيف فى أحدهما والهمزة فى الآخر ، ولو كان معنى اللفظين واحداً لقيل طلقت الأسيرين والفرس والطائر فهو طالق وطلقت الدابة فهى طالق ومطلقة ولم يسمع هذا فى كلامهم وهذا مذهب الشافعى .

( فصل ) فإن قال أنت الطلاق فقال القاضى لا تختلف الرواية عن أحمد فى أن الطلاق يقع به نواه أو لم ينوه بهذا قال أبو حنيفة ومالك ولأصحاب الشافعى فيه وجهان (أحدهما) أنه غير صريح لأنه مصدر والأعيان لاتوصف بالمصادر إلا مجازاً

( والثانى ) أن الطلاق لفظ صريح فلم يفتقر إلى نية كالمتصرف منه وهو مستعمل فى عرفهم قال الشاعر :

نوهت باسمى فى العالمين وأفـ ـنيت عمــرى عاما فعاما

فأنت الطـلاق وأنت الطـلا ق وأنت الطـلاق ثلاثا تمـاما

وقولهم إنه مجاز قلنا نعم إلا أنه يتعذر حمله على الحقيقة ولا محل له يظهر سوى هذا المحمل فتعين فيه

( فصل ) وصريح الطلاق بالعجمية بهشتم فإذا أتى بها العجمى وقع الطلاق منه بغير نية وقال النخعى وأبو حنيفة هو كناية لا يطلق به إلا بنية لأن معناه خليتك وهذه اللفظة كناية .

ولنا : أن هذه اللفظة بلسانهم موضوعة للطلاق يستعملونها فيه فأشبهت لفظ الطلاق بالعربية ولو لم تكن هذه صريحة لم يكن فى العجمية صريح للطلاق وهذا بعيد ولا يضر كونها بمعنى خليتك فإن معنى طلقتك خليتك أيضاً إلا أنه لما كان موضوعا له يستعمل فيه كان صريحا كذا هذه ولا خلاف فى أنه إذا نوى بها الطلاق كانت طلاقا ، كذلك قال الشعبي والنخعى والحسن ومالك والثورى وأبو حنيفة وزفر والشافعى .

« مسألة » قال ( وإذا قال لها فى الغضب أنت حرة أو لطمها فقال هـذا طلاقك فقد وقع الطلاق ) .

الـكلام فى هذه المسألة فى فصلين .

أحدهما : فى أن هـذا اللفظ كناية فى الطلاق إذا نواه به وقع ولا يقع من غير نية ولا دلالة حال ولا نعلم خلافا فى أنت حرة أنه كناية ، فأما إذا لطمها وقال هذا طلاقك فإن كثيراً من الفقهاء قالوا ليس هذا كناية ولا يقع به طلاق ، وإن نوى لأن هذا لا يؤدى معنى الطلاق ولا هو سبب له ولا حـكم فلم يصح التعبير به عنه كقوله ( غفر الله لك ) وقال ابن حامد يقع به الطلاق من غير نية لان تقديره أوقعت عليك طلاقا هذا الضرب من أجله فعلى قوله يكون هذا صريحا ، وقول الخرقى محتمل لهذا أيضاً ، ويحتمل أنه إنما يوقعه إذا كان فى حال الغضب فيكون

الغضب قائماً مقام النية كما قام مقامها فى قوله أنت حرة ، ويحتمل أن يكون لطمه لها قرينة تقوم مقام النية لأنه يصدر عن الغضب فجرى مجراه والصحيح أنه كناية فى الطلاق لأنه محتمل بالتقدير الذى ذكره ابن حامد ويحتمل أن يريد أنه سبب لطلاقك لكون الطلاق معلقاً عليه فصح أن يعبر به عنه وليس بصريح لأنه احتاج إلى تقدير ولو كان صريحاً لم يحتج إلى ذلك ولأنه غير موضوع له ولا مستعمل فيه شرعاً ولا عرفاً فأشبه سائر الكنايات وعلى قياسه ما لو أطعمها أو سقاها أو كساها وقال هذا طلاقك أو لو فعلت المرأة فعلا من قيام أو قعود أو فعل هو فعلا ، وقال هـذا طلاقك فهو مثل لطمها إلا فى أن اللطم يدل على الغضب القائم مقام النية فيكون هو أيضاً قائماً مقامها فى وجه، وما ذكرنا لايقوم مقام النية عند من اعتبرها .

الفصل الثانى : أنه إذا أتى بالكناية فى حال الغضب فذكر الخرقى فى هذا الموضع أنه يقع الطلاق وذكر القاضى وأبو بكر وأبو الخطاب فى ذلك روايتين .

إحداهما : يقع الطلاق ، قال فى رواية الميمونى إذا قال لزوجته أنت حرة لوجه الله فى الرضاء لا فى الغضب فأخشى أن يكون طلاقاً .

والرواية الأخرى : ليس بطلاق وهو قول أبى حنيفة والشافعى إلا أن أبا حنيفة يقول فى اعتدى واختارى وأمرك بيدك كقولنا فى الوقوع واحتجا بأن هـذا ليس بصريح فى الطلاق ولم ينوه به فلم يقع به الطـــلاق كحال الرضاء ولأن مقتضى اللفظ لا يتغير بالرضاء والغضب ويحتمل أن ما كان من الكنايات لا يستعمل فى غير الفرقة إلا نادراً نحو قوله أنت حرة لوجه الله واعتدى واستبرئى وحبلك على غاربك وأنت بائن وأشباه ذلك أنه يقع فى حال الغضب وجواب سؤال الطـــلاق من غير نية وما كثر إستعماله لغير ذلك نحو إذهبى واخرجى وروحى وتقنعى لا يقع الطلاق به إلا بنية ، ومذهب أبى حنيفة قريب من هذا وكلام أحمد والخرقى فى الوقوع إنما ورد فى قوله أنت حرة وهو مما لا يستعمله الإنسان فى حق زوجته غالباً إلا كناية عن الطلاق ولا يلزم من الاكتفاء بذلك بمجرد الغضب وقوع غيره من غير نيـــة لأن ما كثر إستعماله يوجد كثيراً غير مراد به الطلاق فى حال الرضـاء فكذلك فى حال الغضب إذ لا حجر عليه فى استعماله والتكلم به بخلاف ما لم تجر العادة بذكره فإنه

لما قل استعماله فى غير الطلاق كان مجرد ذكره يظن منه إرادة الطلاق فإذا انضم إلى ذلك مجيئه عقيب سؤال الطلاق أو فى حال الغضب قوى الظن فصار ظناً غالباً ، ووجه الرواية الأخرى أن دلالة الحال تغير حكم الأقوال والأفعال فإن من قال لرجل يا عفيف ابن العفيف حال تعظيمه كان مــــدحاً له ، وإن قاله فى حال شتمه وتنقصه كان قذفاً وذماً ، ولو قال إنه لا يغدر بذمة ولا يظلم حبة خردل وما أحد أوفى ذمة منه فى حال المدح كان مدحاً بليغاً كما قال حسان:

فما حملت من ناقة فوق رحلها  أبر وأوفى ذمة من محمد

ولو قاله فى حال الذم كان هجاء قبيحاً كقول النجاشى :

قبيلة لا يغدرون بذمة  ولا يظلمون الناس حبة خردل

وقال آخر : كأن ربى لم يخلق لخشيته  سواهم من جميع الناس إنساناً

وهذا فى هذا الموضع هجاء قبيح وذم حتى حكى عن حسان أنه قال ما أراه إلا قد سلح عليهم ولولا القرينة ودلالة الحال كان من أحسن المدح وأبلغه وفى الأفعال لو أن رجلا قصد رجلا بسيف والحال يدل على المزح واللعب لم يجز قتله ولو دلت الحال على الجد جاز دفعه بالقتل، والغضب ههنا يدل على قصد الطلاق فيقوم مقامه .

( فصل ) وإن أتى بالكناية فى حال سؤال الطلاق فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أتى بها فى حال الغضب على ما فيه من الخلاف والتفصيل ، والوجه لذلك ما تقدم من التوجيه إلا أن المنصوص عن أحمد ههنا أنه لا يصدق فى عدم النية قال فى رواية أبى الحارث إذا قال لم أنوه صدق فى ذلك إذا لم تكن سألته الطلاق فإن كان بينهما غضب قبل ذلك فيفرق بين كونه جواباً للسؤال وكونه فى حال الغضب وذلك لأن الجواب ينصرف إلى السؤال فلو قال لى عندك دينار قال نعم أوصدقت كان إقراراً به ولم يقبل منه تفسيره بغير الإقرار ولو قال زوجتك إبنتى وبعتك ثوبى هذا فقال قبلت صح وكفى ولم يحتج إلى زيادة عليه ولو أراد بالكناية حال الغضب أو سؤال الطلاق غير الطلاق لم يقع الطلاق لأنه لو أراده بالصريح لم يقع فبالكناية أولى وإذا ادعى ذلك دين وهل يقبل فى الحكم ؟ فظاهر كلام أحمد فى رواية أبى الحارث أنه يصدق إن كان فى الغضب ولا يصدق إن كان جواباً لسؤال الطلاق ونقل عنه فى

موضع آخر أنه إذا قال أنت خليـــة أو برية أو بائن ولم يـكن بينهما ذكر طلاق ولا غضب صدق فمفهومه أنه لا يصدق مع وجودهما وحكى هذا عن أبي حنيفة إلا فى الأربعة المذكورة والصحيح أنه يصدق لما روى سعيد بإسناده أن رجلا خطب إلى قوم فقالوا لا نزوجك حتى تطلق امرأتك فقال قد طلقت ثلاثا فزوجوه ثم أمسك إمرأته فقالوا ألم تقل أنك طلقت ثلاثا ؟ قال ألم تعلموا أنى تزوجت فلانة ثم طلقتها ثم تزوجت فلانة وطلقتها ثم تزوجت فلانة وطلقتها فسئل عثمان عن ذلك فقـال له نيته ولأنه أمر يعتبر بنيته فيه فقبل قوله فيما يحتمله كما لو كرر لفظاً وقال أردت التوكيد .

« مسألة » قال أبو عبد الله ( وإذا قال لها أنت خلية أو أنت برية أو أنت بائن أو حبلك على غاربك أو الحقى بأهلك فهو عنـدى ثلاث ولـكن أكره أن أفتى به سواء دخل بها أو لم يدخل ) .

أكثر الروايات عن أبي عبد الله كراهية الفتيا فى هذه الـكنايات مع ميله إلى أنها ثلاث وحكى ابن أبى موسى فى الإرشاد عنه روايتين إحداهما : أنها ثلاث والثانية : يرجع إلى ما نواه اختارها أبو الخطاب وهو مذهب الشافعى قال يرجع إلى ما نوى فإن لم ينو شيئاً وقعت واحدة ونحوه قول النخعى إلا أنه قال يقع طلقة بائنة لأن لفظه يقتضى البينونة ولا يقتضى عدداً وروى حنبل عن أحمد ما يدل على هـذا فإنه قال يزيدها فى مهرها إن أراد رجعتها ولو وقع ثلاثاً لم يبح له رجعتها ولو لم تبن لم يحتج إلى زيادة فى مهرها .

واحتج الشافعى بما روى أبو داود بإسناده أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك وقال والله ما أردت إلا واحدة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الله ما أردت إلا واحدة ؟ » فقال ركانة الله ما أردت إلا واحدة فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فطلقها الثـــانية فى زمن عمر والثالثة فى زمن عثمان ، قال على بن محمد الطنافسى ما أشرف هذا الحديث ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لإبنة الجون « إلحقى بأهلك » ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ليطلق ثلاثاً وقـد نهى عن ذلك ، ولأن الـكنايات مع النيه كالصريح فلم يقع به عند الإطلاق أكثر من واحدة كقوله أنت طالق .

وقال الثورى وأصحاب الرأى إن نوى ثلاثاً فثلاث وإن نوى اثنتين أو واحدة وقعت واحدة ولا يقع اثنتين لأن الكناية تقتضى البينونة دون العدد ، والبينونة بينونتان صغرى وكبرى فالصغرى بالواحدة والكبرى بالثلاث ولو أوقعنا اثنتين كان موجبه العدد وهى لا تقتضيه .

وقال ربيعة ومالك : يقع بها الثلاث وإن لم ينو إلا فى خلع أو قبل الدخول فإنها تطلق واحده لأنها تقتضى البينونة والبينونة تحصل فى الخلع وقبل الدخول بواحدة فلم يزد عليها لأن اللفظ لا يقتضى زيادة عليها وفى غيرهما يقع الثلاث ضرورة أن البينونة لا تحصل إلا بها ووجه أنها ثلاث أنه قول أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فروى عن على وابن عمر وزيد بن ثابت أنها ثلاث ، قال أحمد فى الخلية والبريئة والبتة قول على وابن عمر قول صحيح ثلاثا .

وقال على والحسن والزهرى فى البائن أنها ثلاث . وروى النجاد بإسناده عن نافع أن رجلا جاء إلى عاصم وابن الزبير فقال إن ظئرى هذا طلق امرأته البتة قبل أن يدخل بها فهل تجدان له رخصة ؟ فقالا : لا ولكنا تركنا ابن عباس وأبا هريرة عند عائشة فسلهم ثم ارجع إلينا فأخبرنا فسألهم فقال أبو هريرة لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، وقال ابن عباس هى ثلاث وذكر عن عائشة متابعتهما .

وروى النجاد بإسناده أن عمر رضى الله عنه جعل البتة واحدة ثم جعلها بعد ثلاث تطليقات ، وهذه أقوال علماء الصحابة ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم فكان إجماعا ، ولأنه طلق امرأته بلفظ يقتضى البينونة فوجب الحكم بطلاق تحصل به البينونة كما لو طلق ثلاثا أو نوى الثلاث واقتضاؤه للبينونة ظاهر فى قوله أنت بائن وكذا فى قوله البتة لأن البت القطع فكأنه قطع النكاح كله ولذلك يعبر به عن الطلاق الثلاث كما قالت امرأة رفاعة إن رفاعة طلقنى فبت طلاقى ، وبتله هو من القطع أيضاً ولذلك قيل فى مريم البتول لانقطاعها عن النكاح ونهى النبى صلى الله عليه وسلم عن التبتل وهو الانقطاع عن النكاح بالكلية ، وكذلك الخلية والبرية يقتضيان الخلو من النكاح والبراءة منه وإذا كان للفظ معنى فاعتبره الشرع إنما يعتبر فيما يقتضيه ويؤدى معناه ولا سبيل إلى البينونة بدون الثلاث فوقعت ضرورة الوفاء بما يقتضيه لفظه

ولا يمكن إيقاع واحدة بائن لأنه لا يقدر على ذلك بصريح الطلاق فكذلك بكنايته ولم يفرقوا بين المدخول بها وغيرها لأن الصحابة لم يفرقوا ، لأن كل لفظة أوجبت الثلاث فى المدخول بها أوجبتها فى غيرها كقوله أنت طالق ثلاثا .

فأما حديث ركانة فإن أحمد ضعف إسناده فلذلك تركه ، وأما قوله عليه السلام لابنة الجون « الحقى بأهلك » فيدل على أن هذه اللفظة لا تقتضى الثلاث وليست من اللفظات التى قال الصحابة فيها بالثلاث ولا هى مثلها فيقتصر الحكم عليها ، وقولهم إن الكناية بالنية كالصريح قلنا نعم إلا أن الصريح ينقسم إلى ثلاث تحصل بها البينونة وإلى ما دونها عما لا تحصل الصريح به البينونة فكذلك الكناية تنقسم كذلك فمنها ما يقوم مقام الصريح المحصل للبينونة وهو هذه الظاهرة ومنها ما يقوم مقام الواحدة وهو ما عداها والله أعلم .

( فصل ) وذكر القاضى أن ظاهر كلام أحمد والخرقى أن الطلاق يقع بهذه الكنايات من غير نية كقول مالك لأنه اشتهر استعمالها فيه فلم تحتج إلى نية كالصريح ومفهوم كلام الخرقى أنه لا يقع إلا بنية لقوله وإذا أتى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه فمفهومه أن غير الصريح لا يقع إلا بنية ولأن هذا كناية فلم يثبت حكمه بغير نية كسائر الكنايات .

( فصل ) والكناية ثلاثة أقسام ظاهرة وهى ستة ألفاظ خلية وبرية وبائن وبتة وبتلة وأمرك بيدك ، الحكم فيها ما بيناه فى هذا الفصل ، وإن قال أنت طالق بائن أو البتة فكذلك إلا أنه لا يحتاج إلى نية لأنه وصف بها الطلاق الصريح وإن قال أنت طالق لا رجعة لى عليك وهى مدخول بها فهى ثلاث ، قال أحمد إذا قال لامرأته أنت طالق لا رجعة فيها ولا مثنوية هذه مثل الخلية والبرية ثلاثا هكذا هو عندى وهذا قول أبى حنيفه ، وإن قال ولا رجعة لى فيها بالواو فكذلك وقال أصحاب أبى حنيفة تكون رجعية لأنه لم يصف الطلقة بذلك وإنما عطف عليها .

ولنا : أن الصفة تصح مع العطف كما لو قال بعتك بعشرة وهى مغربية صح وكان صفة للثمن قال الله تعالى ( إلا استمعوه وهم يلعبون ) وإن قال أنت طالق واحدة بائناً أو واحدة بتة ففيها ثلاث روايات . إحداهن : أنها واحدة رجعية

ويلغو ما بعدها قال أحمد لا أعرف شيئاً متقدما إن نوى واحدة تكون بائناً وهذا مذهب الشافعي لأنه وصف الطلقة بما لا تتصف به فلغت الصفة كما لو قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك والثانية : هي ثلاث قاله أبو بكر وقال هو قول أحمد لأنه أتى بما يقتضي الثلاث فوقع ولغا قوله واحدة كما لو قال أنت طالق واحدة ثلاثا والثالثة . رواها حنبل عن أحمد إذا طلق امرأته واحدة البتة فإن أمرها بيدها يزيدها في مهرها إن أراد رجعتها ، فهذا يدل على أنه أوقع بها واحدة بائناً لأنه جعل أمرها بيدها ولو كانت رجعية لما كان أمرها بيدها ولا احتاجت إلى زيادة في مهرها ولو وقع ثلاث لما حلت له رجعتها ، وقال أبو الخطاب هذه الرواية تخرج في جميع الكنايات الظاهرة فيكون ذلك مثل قول إبراهيم النخعي ، ووجهه أنه أوقع الطلاق بصفة البينونة فوقع على ما أوقعه ولم يزد على واحدة لأن لفظه لم يقتض عددا فلم يقع أكثر من واحدة كما لو قال أنت طالق وحمل القاضي رواية حنبل على أن ذلك بعد انقضاء العدة.

القسم الثاني : مختلف فيها وهي ضربان منصوص عليها وهي عشرة(١) الحقي بأهلك ، وحبلك على غاربك ، ولا سبيل لي عليك ، وأنت علي حرج ، وأنت علي حرام ، واذهبي فتزوجي من شئت ، وغطي شعرك ، وأنت حرة ، وقد أعتقتك فهذه عن أحمد فيها روايتان . أحداهما : أنها ثلاث . والثانية : ترجع إلى مانواه وإن لم ينو شيئا فواحدة كسائر الكنايات .

والضرب الثاني : مقيس على هـــذه وهي استبرئي رحمك وحللت للأزواج وتقنعي ولا سلطان لي عليك ، فهذه في معنى المنصوص عليها فيكون حكمها حكمها والصحيح في قوله الحقي بأهلك أنها واحدة ولا تكون ثلاثا إلا بنية لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابنة الجون « الحقي بأهلك » متفق عليه ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ليطلق ثلاثا وقد نهى أمته عن ذلك ، قال الأثرم قلت لأبي عبد الله إن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابنة الجون « الحقي بأهلك » ولم يكن طلاقا غير هذا ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ليطلق ثلاثا فيكون غير طلاق السنة فقال لا أدري ، وكذلك قوله اعتدي واستبرئي رحمك لايختص الثلاث

---

(١) كذا في الأصول ولكنه لم يذكر غير تسعة

فإن ذلك يكون من الواحدة كما يكون من الثلاث ؛ وقد روى أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لسودة ابنة زمعة اعتدى فجعلها تطليقة وروى هشيم أنبأنا الأعمش عن المنهال بن عمرو أن نعيم بن دجاجة الأسدى طلق امرأته تطليقتين ثم قال هى على حرج وكتب فى ذلك إلى عمر بن الخطاب فقال أما إنها ليست بأهونهن .

وأما سائر اللفظات فإن قلنا هى ظاهرة فلأن معناها معنى الظاهرة فإن قوله لا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك إنما يكون فى المبتوتة . أما الرجعية فله عليها سبيل وسلطان وقوله : أنت حرة أو أعتقتك يقتضى ذهاب الرق عنها وخلوصها منه والرق هنا النكاح ، وقوله أنت حرام يقتضى بينونتها منه لأن الرجعية غير محرمة وكذلك حللت للأزواج لأنك بنت منى وكذلك سائرها ، وإن قلنا هى واحدة فلأنها محتملة فإن قوله حللت للأزواج أى بعد انقضاء عدتك إذ لا يمكن حلها قبل ذلك والواحدة تحلها وكذلك انكحى من شئت وسائر الألفاظ يتحقق معناها بعد قضاء عدتها.

القسم الثالث : الخفية نحو اخرجى واذهبى وذوقى وتجرعى وأنت مخلاة واختارى ووهبتك لأهلك وسائر ما يدل على الفرقة ويؤدى معنى الطلاق سوى ما تقدم ذكره فهذه ثلاث إن نوى ثلاثاً واثنتان إن نواهما وواحدة إن نواها أو أطلق قال أحمد ما ظهر من الطلاق فهو على ما ظهر وما عنى به الطلاق فهو على ما عنى مثل حبلك على غاربك إذا نوى واحدة أو اثنتين أو ثلاثا فهو على ما نوى ومثل لا سبيل لى عليك ، وإذا نص فى هاتين على أنه يرجع إلى نيته فكذلك سائر الكنايات وهذا قول الشافعى وقال أبو حنيفة لا يقع اثنتان وإن نواهما وقع واحدة وقد تقدم ذكر ذلك ، وإن قال أنت واحدة فهى كناية خفية لكنها لا تقع بها إلا واحدة وإن نوى ثلاثاً لأنها لا تحتمل غير الواحدة وإن قال أغناك الله فهى كناية خفية لأنه يحتمل أغناك الله بالطلاق لقول الله تعالى ( وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته ) .

( فصل ) والطلاق الواقع بالكنايات رجعى ما لم يقع الثلاث فى ظاهر المذهب

وهو قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة كلها بوائن إلا اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة لأنها تقتضى البينونة فتقع البينونة كقوله أنت طالق ثلاثاً .

ولنا أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فوجب أن يكون رجعياً كصريح الطلاق وما سلموه من الكنايات وقولهم : إنها تقتضى البينونة قلنا فينبغى أن تبين بثلاث لأن المدخول بها لا تبين إلا بثلاث أو عوض .

( فصل ) فأما ما لا يشبه الطلاق ولا يدل على الفراق كقوله اقعدى وقومى وكلى واشربى واقربى واطعميني واسقيني وبارك الله عليك وغفر الله لك وماأحسنك وأشباه ذلك فليس بكناية ولا تطلق به وإن نوى لأن اللفظ لا يحتمل الطلاق فلو وقع الطلاق به لوقع بمجرد النية وقد ذكرنا أنه لايقع بها وبهذا قال أبو حنيفة ، واختلف أصحاب الشافعي فى قوله كلى واشربى فقال بعضهم كقولنا ؛ وقال بعضهم هو كناية لأنه يحتمل كلى ألم الطلاق واشربى كأس الفراق فوقع به كقولنا ذوقى وتجرعى .

ولنا : أن هذا اللفظ لا يستعمل بمفرده إلا فيما لا ضرر فيه كنحو قوله تعالى ( كلوا واشربوا هنيئاً بما كنتم تعملون ) وقال ( فكلوه هنيئاً مريئاً ) فلم يكن كناية كقوله اطعميني ، وفارق ذوقى وتجرعى فإنه يستعمل فى المكاره كقول الله تعالى ( ذق إنك أنت العزيز الكريم ) ( وذوقوا عذاب الحريق ) ( وذوقوا مس سقر ) وكذلك التجرع قال الله تعالى ( يتجرعه ولا يكاد يسيغه ) فلم يصح أن يلحق بهما ما ليس مثلهما .

( فصل ) فإن قال أنا منك طالق أو جعل أمر امرأته بيدها فقالت أنت طالق لم تطلق زوجته نص عليه فى رواية الأثرم وهو قول ابن عباس والثورى وأبى عبيد وأصحاب الرأى وابن المنذر وروى ذلك عن عثمان بن عفان رضى الله عنه وقال مالك والشافعي تطلق إذا نوى به الطلاق ، وروى نحو ذلك عن عمر وابن مسعود وعطاء والنخعى والقاسم وإسحاق لأن الطلاق إزالة النكاح وهو مشترك بينهما فإذا صح فى أحدهما صح فى الآخر ولا خلاف فى أنه لا يقع به الطلاق من غير نية .

ولنـا : أنه محل لا يقع الطلاق بإضافته إليه من غير نية فلم يقع وإن نوى كالأجنبي ولأنه لو قال : أنا طالق ولم يقل منك لم يقع ولو كان محلا للطلاق لوقع بذلك كالمرأة ولأن الرجل مالك فى النـكاح والمرأة مملوكة فلم يقع إزالة الملك بإضافة الإزالة إلى المـالك كالعتق ، ويدل على هذا أن الرجل لا يوصف بأنه مطلق بخلاف المرأة ، وجاء رجل إلى ابن عباس فقال : ملـكت امرأتى أمرها فطلقتنى ثلاثاً فقال ابن عباس خطأ الله نواها إن الطلاق لك وليس لها عليك ، رواه أبو عبيد والأثرم واحتج به أحمد .

( فصل ) وإن قال أنا منك بائن أو برىء فقد توقف أحمد فيه ، قال أبو عبدالله ابن حامد يتخرج على وجهين أحـدهما : لا يقع لأن الرجل محـل لا يقع الطلاق بإضافة صريحه إليه فلم يقع بإضافة كنايته إليه كالأجنبي ، والثانى : يقع لأن لفظ البينونه والبراءة يوصف بهما كل واحد من الزوجين ، يقال : بان منها وبانت منه وبرىء منها وبرئت منه وكذلك لفظ الفرقة يضاف إليهما قال الله تعالى (وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته ) وقال تعالى ( يفرقون به بين المرء وزوجـه ) ويقال فارقته المرأة وفارقها ولا يقال طلقته ولا سرحته ولا تطلقا ولا تسرحا .

وإن قال أنا بائن ولم يقل منك فذكر القاضى فيما إذا قال لها أمرك بيدك فقالت أنت بائن ولم تقل منى أنه لا يقع وجهاً واحداً ، وإن قالت أنا بائن ونوت وقع وإن قالت أنت منى بائن فعلى الوجهين فيخرج ههنا مثل ذلك .

« مسألة » قال ( وإذا أتى بصريح الطلاق لزمه نواه أو لم ينوه )

قد ذكرنا أن صريح الطلاق لا يحتاج إلى نيـة بل يقع من غير قصـد ولا خلاف فى ذلك ، ولأن ما يعتبر له القول يكتفى فيـه به من غير نية إذا كان صريحاً فيه كالبيع وسواء قصد المزح أو الجد لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النـكاح والطلاق والرجعـة » رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن ، قال ابن المنـذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهـل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء روى هذا عن عمر بن الخطاب وابن مسعود ونحوه عن عطاء وعبيدة وبه قال الشافعى وأبو عبيد ، قال أبو عبيـد وهو قول سفيان وأهل

العراق ، فأما لفظ الفراق والسراح فينبنى على الخلاف فيه فمن جعله صريحاً أوقع به الطلاق من غير نية ومن لم يجعله صريحاً لم يوقع به الطلاق حتى ينويه ويكون بمنزلة الكنايات الخفية .

( فصل ) فإن قال الأعجمى لامرأته أنت طالق ولا يفهم معناه لم تطلق لأنه ليس بمختار للطلاق فلم يقع طلاقه كالمكره ، فإن نوى موجبه عند أهل العربية لم يقع أيضاً لأنه لا يصح منه اختيار ما لا يعلمه ولذلك لو نطق بكلمة الكفر من لا يعلم معناها لم يكفر ، ويحتمل أن تطلق إذا نوى موجبها لأنه لفظ بالطلاق ناويا موجبه فأشبه العربى ، وكذلك الحكم إذا قال العربى : بهشتم ولا يعلم معناها .

( فصل ) فإن قال لزوجته وأجنبية إحداكما طالق أو قال لحماته ابنتك طالق ولها بنت سوى امرأته ، أو كان اسم زوجته زينب فقال زينب طالق طلقت زوجته لأنه لا يملك طلاق غيرها فإن قال أردت الأجنبية لم يصدق نص عليه أحمد فى رجل تزوج امرأة فقال لحماته ابنتك طالق وقال أردت ابنتك الأخرى التى ليست بزوجتى فقال يحنث ولا يقبل منه وقال فى رواية أبى داود فى رجل له امرأتان أسماهما فاطمة فماتت إحداهما فقال فاطمة طالق ينوى الميتة فقال الميتة تطلق ؟ قال أبو داود : كأنه لا يصدقه فى الحكم .

وقال القاضى فيما إذا نظر إلى امرأته وأجنبية فقال إحداكما طالق وقال أردت الأجنبية فهل يقبل ؟ على روايتين ، وقال الشافعى يقبل ههنا ولا يقبل فيما إذا قال زينب طالق وقال أردت أجنبية اسمها زينب لأن زينب لا يتناول الأجنبية بصريحه بل من جهة الدليل وقد عارضه دليل آخر وهو أنه لا يطلق غير زوجته فصار اللفظ فى زوجته أظهر فلم يقبل خلافه ، فأما إذا قال إحداهما فإنه يتناول الأجنبيه بصريحه ، وقال أصحاب الرأى وأبو ثور يقبل فى الجميع لأنه فسر كلامه بما يحتمله .

ولنا أنه لا يحتمل غير امرأته على وجه صحيح فلم يقبل تفسيره بها كما لو فسر كلامه بما لا يحتمله وكما لو قال زينب طالق عندالشافعى وماذكروه من الفرق لا يصح فإن إحداكما ليس بصريح فى واحدة منهما إنما يتناول واحدة لا بعينها وزينب يتناول واحدة لا بعينها ثم تعينت الزوجة لكونها محل الطلاق وخطاب غيرها به عبث كما إذا قال إحداكما طالق ثم لو تناولها بصريحه لكنه صرفه عنها دليل فصار

ظاهراً فى غيرها ، ولما قال النبى صلى الله عليه وسلم للمتلاعنين « أحدكما كاذب » لم ينصرف إلا إلى الكاذب منهما وحده ولما قال حسان يعنى النبى صلى الله عليه وسلم وأبا سفيان « فشركما لخيركما الفداء » لم ينصرف شرهما إلا إلى أبى سفيان وحده وخيرهما النبى صلى الله عليه وسلم وحده وهذا فى الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين فيه فمتى علم من نفسه أنه أراد الأجنبية لم تطلق زوجته لأن اللفظ محتمل له وإن كان غير مقيد ولو كانت ثم قرينة دالة على إرادته الأجنبية مثل أن يدفع بيمينه ظلماً أو يتخلص بها من مكروه قبل قوله فى الحكم لوجود الدليل الصارف إليها وإن لم ينو زوجته ولا الأجنبيه طلقت زوجته لأنها محل الطلاق واللفظ يحتملها ويصلح لها ولم يصرفه عنها فوقع به كما لو نواها .

( فصل ) فإن كانت له امرأتان حفصة وعمرة فقال يا حفصة فأجابته عمرة فقال أنت طالق فإن لم تكن له نية أو نوى المجيبة وحدها طلقت وحدها لأنها المطلقة دون غيرها ، وإن قال ما خاطبت بقولى أنت طالق إلا حفصة وكانت حاضرة طلقت وحدها ، وإن قال علمت أن المجيبة عمرة فخاطبتها بالطلاق وأردت طلاق حفصة طلقتا معاً فى قولهم جميعاً ، وإن قال ظننت المجيبة حفصة فطلقتها طلقت حفصة رواية واحدة وفى عمرة روايتان :

إحداهما : تطلق أيضاً وهو قول النخعى وقتادة والأوزاعى وأصحاب الرأى واختاره ابن حامد لأنه خاطبها بالطلاق وهى محل له فطلقت كما لو قصدها .

والثانية : لا تطلق وهو قول الحسن والزهرى وأبى عبيد ، قال أحمد فى رواية مهنا فى رجل له امرأتان فقال فلانة أنت طالق فالتفت فإذا هى غير التى حلف عليها قال : قال إبراهيم يطلقان والحسن يقول تطلق التى نوى قيل له ما تقول أنت ؟ قال تطلق التى نوى ووجهه أنه لم يقصدها بالطلاق فلم تطلق كما لو أراد أن يقول أنت طاهر فسبق لسانه فقال أنت طالق ، وقال أبو بكر لا يختلف كلام أحمد أنها لا تطلق. وقال الشافعى : تطلق المجيبة وحدها لأنها مخاطبة بالطلاق فطلقت كما لو لم ينو غيرها ولا تطلق المنوية لأنه لم يخاطبها بالطلاق ولم تعترف بطلاقها وهذا يبطل بما لو علم أن المجيبة عمرة فإن المنوية تطلق بإرادتها الطلاق ولولا ذلك لم تطلق بالاعتراف به

لأن الاعتراف بما لايوجب لايوجب ولأن الغائبة مقصودة بلفظ الطلاق فطلقت بلفظ الطلاق فطلقت كما لو علم الحال .

( فصل ) وإن أشار إلى عمرة فقال ياحفصة أنت طالق وأراد طلاق عمرة فسبق لسانه إلى نداء حفصة طلقت عمرة وحدها لأنه لم يرد بلفظه إلا طلاقها وإنما سبق لسانه إلى غير ما أراده فأشبه ما لو أراد أن يقول أنت طاهر فسبق لسانه إلى أنت طالق ، وإن أتى باللفظ مع علمه أن المشار إليها عمرة طلقتا معا عمرة بالإشارة إليها وإضافة الطلاق إليها وحفصة بنيته وبلفظه بها ، وإن ظن أن المشار إليها حفصة طلقت حفصة وفى عمرة روايتان كالتى قبلها .

( فصل ) وإن لقى أجنبية ظنها زوجته فقال : فلانة أنت طالق فإذا هى أجنبية طلقت زوجته نص عليه أحمد ، وقال الشافعى لا تطلق لأنه خاطب بالطلاق غيرها فلم يقع كما لو علم أنها أجنبية فقال أنت طالق .

ولنا : أنه قصد زوجته بلفظ الطلاق فطلقت كما لو قال علمت أنها أجنبية وأردت طلاق زوجتى وإن قال لها أنت طالق ولم يذكر اسم زوجته احتمل ذلك أيضاً لأنه قصد امرأته بلفظ الطلاق ، واحتمل أن لاتطلق لأنه لم يخاطبها بالطلاق ولا ذكر إسمها معه وإن علمها أجنبية وأراد بالطلاق زوجته طلقت ، وإن لم يردها بالطلاق لم تطلق .

( فصل ) وإن لقى امرأته فظنها أجنبية فقال أنت طالق أو تنحى يا مطلقة أو لقى أمته فظنها أجنبية فقال أنت حرة أو تنحى يا حرة فقال أبو بكر فيمن لقى امرأته فقال تنحى يا مطلقة أو ياحرة وهو لا يعرفها فإذا هى زوجته أو أمته لا يقع بهما طلاق ولا حرية لأنه لم يرد بهما ذلك فلم يقع بهما شيء كسبق اللسان إلى مالم يرده ، ويحتمل أن لا تعتق الأمة لأن العادة من الناس مخاطبة من لا يعرفها بقوله يا حرة وتطلق الزوجة لعدم العادة بالمخاطبة بقوله يامطلقة .

( فصل ) فأما غير الصريح فلا يقع الطلاق به إلا بنية أو دلالة حال ، وقال مالك الكنايات الظاهرة كقوله أنت بائن وبتة وبتلة وحرام يقع بها الطلاق من غير نية قال القاضى فى الشرح وهذا ظاهر كلام أحمد والخرقى لأنها مستعملة فى الطلاق فى العرف فصارت كالصريح .

ولنا : أن هـــذه كنايه لم تعرف بإرادة الطلاق بها ولا اختصت به فلم يقع الطلاق بها بمجرد اللفظ كسائر الكنايات وإذا ثبت اعتبار النية فإنها تعتبر مقارنة للفظ فإن وجدت فى ابتدائه وعربت عنه فى سائره وقع الطلاق وقال بعض أصحاب الشافعى لا يقع فلو قال أنت بائن ينوى الطلاق وعربت نيته حين قال أنت بائن لا يقع لأن القدر الذى صاحبته النية لا يقع به شىء .

ولنا : أن ما تعتبر له النية يكتفى فيه بوجودها فى أوله كالصلاة وسائر العبادات فأما إن تلفظ بالكناية غير ناو ثم نوى بهـا بعد ذلك لم يقع الطلاق وكما لو نوى الطهارة بالغسل بعد فراغه منه .

« مسألة » قال ( ولو قيل له ألك امرأة ؟ فقال لا وأراد به الكذب لم يلزمه شىء ولو قال قد طلقتها وأراد به الكذب لزمه الطلاق )

إنما لم يلزمه إذا أراد الكذب لأن قوله مالى امرأة كناية تفتقر إلى نية الطلاق وإذا نوى الكذب فما نوى الطلاق فلم يقع وهكذا لو نوى أنه ليس لى امرأة تخدمنى أو ترضينى أو أنى كمن لا امرأة له أو لم ينو شيئاً لم تطلق لعدم النية المشترطة فى الكناية وإن أراد بهذا اللفظ طلاقها طلقت لأنها كناية صحبتها النية وبهذا قال الزهرى ومالك وحماد بن أبى سليمان وأبو حنيفة والشافعى وقال أبو يوسف ومحمد لا تطلق فإن هذا ليس بكناية وإنما هو خبر هو كاذب فيه وليس بإيقاع .

ولنا أنه محتمل للطلاق لأنه إذا طلقها فليست له بامرأة فأشبه قوله أنت بائن وغيرها من الكنايات الظاهرة وهذا يبطل قولهم . فأما إن قال طلقتها وأراد الكذب طلقت لأن لفظ الطلاق صريح يقع به الطلاق من غير نية ، وإن قال خليتها أو أبنتها افتقر إلى النية لأنه كناية لا يقع به الطلاق من غير نية .

( فصل ) فإن قيل له أطلقت امرأتك ؟ فقال نعم أو قيل له امرأتك طالق ؟ فقال نعم طلقت امرأته ، وإن لم ينو وهذا الصحيح من مذهب الشافعى واختيار المزنى لأن نعم صريح فى الجواب والجواب الصريح للفظ الصريح صريح ، ألا ترى أنه لو قيل له ألفلان عليك ألف ؟ فقال نعم وجب عليه وإن قيل له طلقت امرأتك فقال قد كان بعض ذلك وقال أردت الإيقاع وقع ، وإن قال أردت أنى علقت

طلاقها بشرط قبل لأنه محتمل لما قاله وإن قال أردت الإخبار عن شيء ماض أو قيل له ألك إمرأة ؟ فقال قد طلقتها ثم قال إنما أردت أنى طلقتها فى نكاح آخر دين فيما بينه وبين الله تعالى ، فأما فى الحكم فإن لم يكن ذلك وجد منه لم يقبل لأنه لايحتمل ما قاله وإن كان وجد فعلى وجهين .

( فصل ) فإن قال حلفت بالطلاق أو قال على يمين الطلاق ولم يكن حلف لم يلزمه شيء فيما بينه وبين الله تعالى ولزمه ما أقر به فى الحكم ، ذكره القاضى وأبو الخطاب وقال أحمد فى رواية محمد بن الحكم فى الرجل يقول : حلفت بالطلاق ولم يكن حلف هى كذبة ليس عليه يمين ، وذلك لأن قوله حلفت ليس بحلف ، وإنما هو خبر عن الحلف ، فإذا كان كاذباً فيه لم يصر حالفاً كما لو قال : حلفت بالله وكان كاذباً . واختار أبو بكر أنه يلزمه ما أقر به . وحكى فى زاد المسافر عن الميمونى عن أحمد أنه قال : إذا قال حلفت بالطلاق ، ولم يكن حلف يلزمه الطلاق ويرجع إلى نيته فى الطلاق الثلاث أو الواحد . وقال القاضى : معنى قول أحمد يلزمه الطلاق ، أى فى الحكم ، ويحتمل أنه أراد يلزمه الطلاق إذا نوى به الطلاق فجعله كناية عنه ، ولذلك قال : يرجع إلى نيته . أما الذى قصد الكذب فلا نية له فى الطلاق فلا يقع به شيء ، لأنه ليس بصريح فى الطلاق ولا نوى به الطلاق فلم يقع به طلاق كسائر الكنايات وذكر القاضى فى كتاب الأيمان فيمن قال حلفت بالطلاق ولم يكن حلف ، فهل يقع به الطلاق ؟ على روايتين .

« مسألة » قال ( وإذا وهب زوجته لأهلها فإن قبلوها فواحدة يملك الرجعة إن كانت مدخولا بها وإن لم يقبلوها فلا شيء ) .

هذا المنصوص عن أحمد فى هذه المسألة ، وبه قال ابن مسعود وعطاء ومسروق والزهرى ومكحول ومالك وإسحاق . وروى عن على رضى الله عنه والنخعى إن قبلوها فواحدة بائنة ، وإن لم يقبلوها فواحدة رجعية ، وعن زيد بن ثابت والحسن إن قبلوها فثلاث ، وإن لم يقبلوها فواحدة رجعية . وروى عن أحمد مثل ذلك . وقال ربيعة ويحيى بن سعيد وأبو الزناد ومالك : هى ثلاث على كل حال قبلوها أو ردوها ، وقال أبو حنيفة فيها كقوله فى الكناية الظاهرة قبلوها أو ردوها ، وكذلك قال الشافعى واختلفا ههنا بناء على اختلافهما .

ولنا: على أنها لا تطلق إذا لم يقبلوها أنه تمليك للبضع فافتقر إلى القبول كقوله اختارى وأمرك بيدك وكالنكاح وعلى أنها لا تكون ثلاثا أنه لفظ محتمل فلا يحمل على الثلاث عند الإطلاق كقوله إختارى وعلى أنها رجعية أنها طلقة لمن عليها عدة بغير عوض قبل استيفاء العدد فكانت رجعية كقوله أنت طالق وقوله إنها واحدة محمول على ما إذا أطلق النية أو نوى واحدة فأما إن نوى ثلاثا أو اثنتين فهو على ما نوى، لأنها كناية غير ظاهرة فيرجع إلى نيته فى عددها كسائر الكنايات، ولا بد من أن ينوى بذلك الطلاق أو تكون ثم دلالة حال لأنها كناية والكنايات لا بد فيها من النية كذلك، وقال القاضى: وينبغى أن تعتبر النية من الذى يقبل أيضاً كما تعتبر فى اختيار الزوجة إذا قال لها إختارى أو أمرك بيدك. إذا ثبت هذا فإن صيغة القبول أن يقول أهلها قبلناها. نص عليه أحمد والحكم فى هبتها لنفسها أو لأجنبى كالحكم فى هبتها لأهلها.

(فصل) فإن باع إمرأته لغيره لم يقع به طلاق وإن نوى، وبهذا قال الثورى وإسحاق، وقال مالك: تطلق واحدة وهى أملك بنفسها لأنه أتى بما يقتضى خروجها عن ملكه أشبه ما لو وهبها.

ولنا: أن البيع لا يتضمن معنى الطلاق لأنه نقل ملك بعوض، والطلاق مجرد إسقاط لا يقتضى العوض فلم يقع به طلاق كقوله أطعمينى وأسقينى.

«مسألة» قال (وإذا قال لها أمرك بيدك فهو بيدها وإن تطاول ما لم يفسخ أو يطأها).

وجملة ذلك أن الزوج مخير بين أن يطلق بنفسه وبين أن يوكل فيه وبين أن يفوضه إلى المرأة ويجعله إلى اختيارها بدليل أن النبى صلى الله عليه وسلم خير نساءه فاخترنه ومتى جعل أمر إمرأته بيدها فهو بيدها أبداً لا يتقيد ذلك بالمجلس روى ذلك عن على رضى الله عنه، وبه قال الحكم وأبو ثور وابن المنذر. وقال مالك والشافعى وأصحاب الرأى هو مقصور على المجلس ولا طلاق لها بعد مفارقته لأنه تخيير لها فكان مقصوراً على المجلس كقوله إختارى.

ولنا قول على رضى الله عنه فى رجل جعل أمر إمرأته بيدها قال: هو لها حتى

تنكل ، ولانعرف له فى الصحابة مخالفاً فيكون إجماعا . ولأنه نوع توكيل فى الطلاق فكان على التراخى كما لو جعله لأجنبى وفارق قوله اختارى فإنه تخيير ، فإن رجع الزوج فيما جعل إليها أو قال فسخت ما جعلت إليك بطل وبذلك قال عطاء ومجاهد والشعبى والنخعى والأوزاعى وإسحاق ، وقال الزهرى والثورى ومالك وأصحاب الرأى ليس له الرجوع لأنه ملكها ذلك فلم يملك الرجوع كما لو طلقت .

ولنا أنه توكيل فكان له الرجوع فيه كالتوكيل فى البيع وكما لو خاطب بذلك أجنبياً ، وقولهم تمليك لا يصح ، فإن الطلاق لا يصح تمليكه ولا ينتقل عن الزوج وإنما ينوب فيه غيره عنه ، فإذا استناب غيره فيه كان توكيلا لا غير ، ثم وإن سلم أنه تمليك فالتمليك يصح الرجوع فيه قبل اتصال القبول به كالبيع ، وإن وطئها الزوج كان رجوعاً لأنه نوع توكيل والتصرف فيما وكل فيه يبطل الوكالة وإن ردت المرأة ما جعل إليها بطل كما تبطل الوكالة بفسخ الوكيل .

( فصل ) ولا يقع الطلاق بمجرد هذا القول ما لم ينو به إيقاع طلاقها فى الحال أو تطلق نفسها ، ومتى ردت الأمر الذى جعل إليها بطل ولم يقع شىء فى قول أكثر أهل العلم منهم ابن عمر وسعيد بن المسيب، وعمر بن عبد العزيز ومسروق وعطاء ومجاهد والزهرى والثورى والأوزاعى والشافعى ، وقال قتاده إن ردت فواحدة رجعية .

ولنا أنه توكيل رده الوكيل أو تمليك لم يقبله المملك فلم يقع به شىء كسائر التوكيل والتمليك فأما إن نوى بهذا تطليقها فى الحال طلقت فى الحال ولم يحتج إلى قبولها كما لو قال حبلك على غاربك .

« مسألة » قال ( فإن قالت اخترت نفسى فواحدة تملك الرجعة ) .

وجملة الأمر أن المملكة والمخيرة إذا قالت اخترت نفسى فهى واحدة رجعية وروى ذلك عن عمر وابن مسعود وابن عباس وبه قال عمر بن عبد العزيز والثورى وابن أبى ليلى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، وروى عن على أنها واحدة بائنة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه لأن تمليكه إياها أمرها يقتضى زوال سلطانه عنها

وإذا قبلت ذلك بالاختيار وجب أن يزول عنها ولا يحصل ذلك مع بقاء الرجعة وعن زيد بن ثابت أنهـــا ثلاث ، وبه قال الحسن ومالك والليث إلا أن مالكا قال إذا لم تكن مدخولا بها قبل منه إذا أراد واحدة أو اثنتين ، وحجتهم أن ذلك يقتضى زوال سلطانه عنها ولا يكون ذلك إلا بثلاث ، وفى قول مالك أن غير المدخول بها يزول سلطانه عنها بواحدة فاكتفى بها .

ولنا : أنها لم تطلق بلفظ الثلاث ولا نوت ذلك فلم تطلق ثلاثا كما لو أتى الزوج بالكناية الخفية .

( فصل ) وهذا إذا لم تنو أكثر من واحدة فإن نوت أكثر من واحدة وقع ما نوت لأنها تملك الثلاث بالتصريح فتملكها بالكناية كالزوج ، وهكذا إن أتت بشيء من الكنايات فحكمها فيها حكم الزوج إن كانت مما يقع بها الثلاث من الزوج وقع بها الثلاث إذا أتت بها ، وإن كانت من الكنايات الخفية نحو قولها لا يدخل على ونحوها وقع ما نوت .

قال أحمد : إذا قال لها أمرك بيدك فقالت لا يدخل على إلا بإذن تنوى فى ذلك إن قالت : واحدة فواحدة وإن قالت : أردت أن أغيظه قبل منها يعنى لا يقع شيء وكذلك لو جعل أمرها فى يد أجنبى فأتى بهذه الكنايات لا يقع شيء حتى ينوى الوكيل الطلاق ثم إن طلق بلفظ صريح ثلاثاً أو بكناية ظاهرة طلقت ثلاثا وإن كان بكناية خفية وقع ما نواه .

( فصل ) وقوله أمرك بيدك وقوله اختارى نفسك كناية فى حق الزوج يفتقر إلى نية أو دلالة حال كما فى سائر الكنايات فإن عدما لم يقع به طلاق لأنه ليس بصريح ، وإنما هو كناية فيفتقر إلى ما يفتقر إليه سائر الكنايات : وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى . وقال مالك : لا يفتقر إلى نية لأنه من الكنايات الظاهرة وقد سبق الكلام معه فيها وهو أيضاً كناية فى حق المرأة إن قبلته بلفظ الكناية وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة . لا يفتقر وقوع الطلاق إلى نيتها إذا نوى الزوج . لأن الزوج علق الطلاق بفعل من جهتها فلم يفتقر إلى نيتها كما لو قال إن تكلمت فأنت طالق فتكلمت وقال لا يقع إلا واحدة بائن وإن نوت ثلاثاً لأن ذلك تخيير والتخيير لا يدخله عدد كخيار المعتقة .

ولنا أنها موقعة للطلاق بلفظ الكناية فافتقر إلى نيتها كالزوج وعلى أنه يقع الثلاث إذا نوت أن اللفظ يحتمل الثلاث لأنها تختار نفسها بالواحدة وبالثلاث فإذا نوياه وقع كقوله أنت بائن .

« مسألة » قال ( وإن طلقت نفسها ثلاثا وقال لم أجعل إليها إلا واحدة لم يلتفت إلى قوله والقضاء ماقضت ) .

وممن قال القضاء ما قضت عثمان وابن عمر وابن عباس وروى ذلك عن على وفضالة بن عبيد وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهرى وعن عمر وابن مسعود أنها تطليقة واحدة وبه قال عطاء ومجاهد والقاسم وربيعة ومالك والأوزاعى والشافعى. وقال الشافعى : إن نوى ثلاثا فلها أن تطلق ثلاثا وإن نوى غير ذلك لم تطلق ثلاثا والقول قوله فى نيته .

قال القاضى : ونقل عبد الله عن أحمد ما يدل على أنه إذا نوى واحدة فهى واحدة لأنه نوع تخيير فيرجع إلى نيته فيه كقوله اختارى .

ولنا أنه لفظ يقتضى العموم فى جميع أمرها لأنه اسم جنس مضاف فيتناول الطلقات الثلاث كما لو قال طلقى نفسك ما شئت ولا يقبل قوله أردت واحدة لأنه خلاف ما يقتضيه اللفظ ولا يدين فى هذا لأنه من الكنايات الظاهرة ، والكنايات الظاهرة تقتضى ثلاثا :

« مسألة » قال ( وكذلك الحكم إذا جعله فى يد غيرها ) .

وجملة ذلك : أنه إذا جعل أمر امرأته بيد غيرها صح وحكمه حكم مالو جعله بيدها فى أنه بيده فى المجلس وبعده ووافق الشافعى على هـــذا فى حق غيرها لأنه توكيل وسواء قال له أمر امرأتى بيدك أوقال جعلت لك الخيار فى طلاق امرأتى أو قال طلق امرأتى ، وقال أصحاب أبى حنيفة ذلك مقصور على المجلس لأنه نوع تخيير أشبه مالو قال اختارى .

ولنا : أنه توكيل مطلق فكان على التراخى كالتوكيل فى البيع ، وإذا ثبت هذا فإن له أن يطلقها مالم يفسخ أو يطؤها وله أن يطلق واحدة وثلاثا كالمرأة ، وليس له أن يجعل الأمر إلا بيد من يجوز توكيله وهو العاقل فأما الطفل والمجنون

فلا يصح أن يجعل الأمر بأيديهم فإن فعل فطلق واحد منهم لم يقع طلاقه ، وقال أصحاب الرأى يصح .

ولنا : أنهما ليسا من أهل التصرف فلم يصح تصرفهم كما لو وكلهم فى العتق ، وإن جعله فى يد كافر أو عبد صح لأنه ممن يصح طلاقه لنفسه فصح توكيلهما فيه ، وإن جعله فى يد امرأة صح لأنه يصح توكيلها فى العتق فصح فى الطلاق كالرجل ، وإن جعله فى يد صبى يعقل الطلاق انبنى ذلك على صحة طلاقه لزوجته وقد مضى ذلك ، وقد نص أحمد ههنا على اعتبار وكالته بطلاقه فقال : إذا قال لصبى طلق امرأتى ثلاثا فطلقها ثلاثا لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق ، أرأيت لو كان لهذا الصبى امرأة فطلقها أكان يجوز طلاقه ؟ فاعتبر طلاقه بالوكالة بطلاقه لنفسه ، وهكذا لو جعل أمر الصغيرة والمجنونة بيدها لم تملك ذلك ، نص عليه أحمد فى امرأة صغيرة قال لها : أمرك بيدك فقالت اخترت نفسى ، ليس بشىء حتى يكون مثلها يعقل وهذا لأنه تصرف بحكم التوكيل وليست من أهل التصرف وظاهر كلام أحمد أنها إذا عقلت الطلاق وقع طلاقها وإن لم تبلغ كما قررناه فى الصبى إذا طلق وفى الصبى رواية أخرى لا يقع طلاقه حتى يبلغ فكذلك يخرج فى هذه لأنها مثله فى المعنى والله أعلم .

( فصل ) فإن جعله فى يد اثنين أو وكل اثنين فى طلاق زوجته صح وليس لأحدهما أن يطلق على الإنفراد إلا أن يجعل إليه ذلك لأنه إنما رضى بتصرفهما جميعا ، وبهذا قال الحسن ومالك والثورى والأوزاعى والشافعى وأبو عبيد وابن المنذر ، وإن طلق أحدهما واحدة والآخر ثلاثا وقعت واحدة ، وبهذا قال إسحاق ، وقال الثورى لا يقع شىء .

ولنا : أنهما طلقا جميعاً واحدة مأذونا فيها فصح كما لو جعل إليهما واحده .

( فصل ) ويصح تعليق أمرك بيدك واختارى نفسك بالشروط ، وكذلك إن جعل ذلك الى أجنبى صح مطلقاً ومقيداً ومعلقاً نحو أن يقول اختارى نفسك وأمرك بيدك شهراً أو اذا قدم فلان فأمرك بيدك أواختارى نفسك يوما أو يقول ذلك لأجنبى ، قال أحمد اذا قال اذا كان سنة أو أجل مسمى فأمرك بيدك فإذا دخل ذلك فأمرها بيدها وليس لها قبل ذلك أمر ، وقال أيضاً اذا تزوج امرأة

وقال لأبيها إن جاءك خبرى إلى ثلاث سنين وإلا فأمر ابنتك إليك ، فلما مضت السنون لم يأت خبره فطلقها الأب فإن كان الزوج لم يرجع فيما جعل إلى الأب فطلاقه جائز ورجوعه أن يشهد أنه قد رجع فيما جعل إليه ، ووجه هذا أنه فوض أمر الطلاق إلى من يملكه فصح تعليقه على شرط كالتوكيل الصريح فإذا صح هذا فإن الطلاق إلى من فوض إليه على حسب ما جعله إليه فى الوقت الذى عينه له لا قبله ولا بعده وللزوج الرجوع فى هذا لأنه عقد جائز ، قال أحمد ولا تقبل دعواه للرجوع إلا ببينة لأنه مما يمكن إقامة البينة عليه ، فإن طلق الوكيل والزوج غائب كره للمرأة التزوج لأنه يحتمل أن الزوج رجع فى الوكالة وقد نص أحمد على منعها من التزوج لهذه العلة ، وحمله القاضى على الإستحباب والإحتياط فإن غاب الوكيل كره للزوج الوطء مخافة أن يكون الوكيل طلق ومنع منه أحمد أيضاً لهذه العلة ، وحمله القاضى أيضاً على الاستحباب لأن الأصل بقاء النكاح فحمل الأمر فيه على اليقين ، وقول أحمد رجوعه أن يشهد على أنه قد رجع فيما جعل إليه معناه أنه لا يقبل قوله إنه قد رجع إليه إلا ببينة ولو صدقته المرأة فى أنه قد رجع قبل وإن لم تكن له بينة .

« مسألة » قال ( ولو خيرها فاختارت فرقته من وقتها وإلا فلا خيار لها )

أكثر أهل العلم على أن التخيير على الفور إن اختارت فى وقتها والا فلا خيار لها بعده . وروى ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر رضى الله عنهم ، وبه قال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبى والنخعى ومالك والثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى ، وقال الزهرى وقتادة وأبو عبيد وابن المنذر ومالك فى احدى الروايتين هو على التراخى ولها الاختيار فى المجلس وبعده مالم يفسخ أو يطأ ، واحتج ابن المنذر بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة لما خيرها « انى ذاكر لك أمراً فلا عليك أن لا تعجلى حتى تستأمرى أبويك » وهذا يمنع قصره على المجلس ، ولأنه جعل أمرها اليها فأشبه أمرك بيدك .

ولنا : أنه قول من سمينا من الصحابة . روى النجاد بإسناده عن سعيد بن المسيب أنه قال : قضى عمر وعثمان فى الرجل يخير امرأته أن لها الخيار مالم يتفرقا .

وعن عبد الله بن عمر قال ما دامت فى مجلسها ، ونحوه عن ابن مسعود وجابر ولم نعرف لهم مخالفا فى الصحابة فكان إجماعا ، ولأنه خيار تمليك فكان على الفور كخيار القبول ، فأما الخبر فإن النبي صلى الله عليه وسلم جعل لها الخيار على التراخى وخلافنا فى المطلق ، وأما أمرك بيدك فهو توكيل والتوكيل يعم الزمان ما لم يقيده بقيد بخلاف مسألتنا .

( فصل ) وقوله ( فى وقتها ) أى عقيب كلامه ما لم يخرجا من الكلام الذى كانا فيه إلى غير ذكر الطلاق فإن تفرقا عن ذلك الكلام إلى كلام غيره بطل خيارها ، قال أحمد إذا قال لامرأته اختارى فلها الخيار ما داموا فى ذلك الكلام فإن طال المجلس وأخذوا فى كلام غير ذلك ولم تختر فلا خيار لها ، وهذا مذهب أبى حنيفة ونحوه مذهب الشافعى على اختلاف عنه فقيل عنه إنه يتقيد بالمجلس وقيل هو على الفور ، وقال أحمد أيضا الخيار على مخاطبة الكلام أن تجاوبه ويجاوبها إنما هو جواب كلام إن أجابته من ساعته وإلا فلا شىء ، ووجهه أنه تمليك مطلق تأخر قبوله عن أول حال الإمكان فلم يصح كما لو قامت من مجلسها فإن قام أحدهما عن المجلس قبل اختيارها بطل خيارها ، وقال أبو حنيفة : يبطل بقيامها دون قيامه بناء على أصله فى أن الزوج لا يملك الرجوع ، وعندنا أنه يملك الرجوع فبطل بقيامه كما يبطل بقيامها ، وإن كان أحدهما قائماً أو مشى بطل الخيار وإن قعد لم يبطل ، والفرق بين القيام والقعود أن القيام يبطل الفكر والارتياء فى الخيار فيكون إعراضا ، والقعود بخلافه ولو كانت قاعدة فاتكأت أو متكأة فقعدت لم يبطل لأن ذلك لا يبطل الفكرة ، وإن تشاغل أحدهما بالصلاة بطل الخيار وإن كانت فى صلاة فأتمتها لم يبطل خيارها وإن أضافت إليها ركعتين أخريين بطل خيارها ، وإن أكلت شيئا يسيراً أو قالت بسم الله أو سبحت شيئاً يسيراً لم يبطل لأن ذلك ليس بإعراض ، وإن قالت ادع لى شهوداً أشهدهم على ذلك لم يبطل خيارها ، وإن كانت راكبة فسارت بطل خيارها وهذا كله قول أصحاب الراى .

( فصل ) فإن جعل لها الخيار متى شاءت أو فى مدة فلها ذلك فى تلك المدة وإذا قال اختارى إذا شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فلها ذلك لأن هذه تفيد

جعل الخيـار لها فى عموم الأوقات وإن قال اختارى اليوم وغدا وبعد غد فلها ذلك فإن ردت الخيـار فى الأول بطل كله وكذلك إن قال لا تعجلى حتى تستأمرى أبويك ونحوه فلها الخيـار على التراخى فإن النبى صلى الله عليه وسـلم قال ذلك لعائشة فدل على أن خيـارها لا يبطل بالتأخير ، وإن قال اختـارى نفسك اليوم واختارى نفسك غـدا فردته فى اليوم الأول لم يبطل فى الثـانى ، وقال أبو حنيفة لا يبطل فى المسألة الأولى أيضاً لأنهما خياران فى زمنين فلم يبطل أحدهما برد الآخر قياسا على المسألة الثانية .

ولنـا : أنه خيـار واحد فى مدة واحدة فإذا بطل أوله بطل ما بعده كما لو كان الخيار فى يوم واحد وكخيار الشرط وخيار المعتقة ولا نسلم أنهما خياران وإنما هو خيار واحد فى يومين ، وفارق ما إذا قال اختارى نفسك اليوم واختارى نفسك غداً فإنهما خياران لأن كل واحد ثبت بسبب مفرد ، ولو خيرها شهراً فاختارت نفسها ثم تزوجها لم يكن لها عليه خيار وعند أبى حنيفة لها الخيار .

ولنـا : أنها استوفت ما جعل لها فى هذا العقد فلم يكن لهـا فى عقد ثان كما لو اشترط الخيار فى سلعة مدة ثم فسخ ثم اشتراها بعقد آخر فى تلك المدة ، ولو لم تختر نفسها أو اختارت زوجها وطلقها الزوج ثم تزوجها بطل خيارها لأن الخيـار المشروط فى عقد لا يثبت فى عقد سواه كما فى البيع والحكم فى قوله أمرك بيدك فى هذا كله كالحكم فى التخيير لأنه نوع تخيير ولو قال لهـا اختارى أو أمرك بيدك اليوم وبعد الغد فردت فى اليوم الأول لم يبطل بعد فى غد لأنهما خياران ينفصل أحدهما من صاحبه فلم يبطل أحدهما ببطلان الآخر بخلاف ما إذا كان الزمان متصلا واللفظ واحدا فانه خيار واحد فبطل كله ببطلان بعضه وإن قال لك الخيار يوما أو أمرك بيدك يوما فابتداؤه من حين نطق به إلى مثله من الغد لأنه لا يمكن استكمال يوم بتمامه إلا بذلك وإن قال شهراً فمن ساعة نطق إلى استكمال ثلاثين يوما إلى مثل تلك الساعة وإن قال الشهر أو اليوم أو السنة فهو على ما بقى من اليوم والشهر والسنة .

« مسألة » قال ( وليس لها أن تختار أكثر من واحدة إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك .

وجملة الأمر : أن لفظة التخيير لا تقتضي بمطلقها أكثر من تطليقة رجعية . قال أحمد : هذا قول ابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وعمر وعائشة رضي الله عنهم وروى ذلك عن جابر وعبد الله بن عمرو وقال أبو حنيفة هي واحده بائن وهو قول ابن شبرمة لأن اختيارها نفسها يقتضي زوال سلطانه عنها ولا يكون إلا بالبينونة وقال مالك هي ثلاث في المدخول بها لأن المدخول بها لا تبين بأقل من ثلاث إلا أن تكون بعوض .

ولنا : إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن من سمينا منهم قالوا إن اختارت نفسها فهي واحدة وهو أحق بها رواه النجاد عنهم بأسانيده ولأن قوله اختاري تفويض مطلق فيتناول أقل ما يقع عليه الإسم وذلك طلقة واحدة ، ولا يجوز أن تكون بائناً لأنها طلقة بغير عوض لم يكمل بها العدد بعد الدخول فأشبه ما لو طلقها واحدة ويخالف قوله أمرك بيدك فإنه للعموم فإنه اسم جنس فيتناول جميع أمرها لكن إن جعل إليها أكثر من ذلك فلها ما جعل إليها سواء جعله بلفظه مثل أن يقول اختاري ما شئت أو اختاري الطلقات الثلاث إن شئت فلها أن تختار ذلك فإن قال اختاري من الثلاث ماشئت فلها أن تختار واحدة أو اثنتين وليس لها اختيار الثلاث بكمالها لأن من للتبعيض فقد جعل لها اختيار بعض الثلاث فلا يكون لها اختيار الجميع أو جعله نيته وهو أن ينوي بقوله اختاري عدداً فإنه يرجع إلى ما نواه لأن قوله اختاري كناية خفية فيرجع في قدر ما يقع بها إلى نيته كسائر الكنايات الخفية فإن نوى ثلاثا أو اثنتين أو واحدة فهو على ما نوى ، وإن أطلق النية فهي واحدة وإن نوى ثلاثا فطلقت أقل منها وقع ما طلقته لأنه يعتبر قولها جميعا فيقع ما اجتمعا عليه كالوكيلين إذا طلق واحدمنهما واحدة والآخر ثلاثا .

( فصل ) وإن خيرها فاختارت زوجها أو ردت الخيار أو الأمر لم يقع شيء نص عليه أحمد في رواية الجماعة وروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وابن عباس وعمر بن عبد العزيز وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وابن المنذر

وعن الحسن تكون واحده رجعية وروى ذلك عن على ورواه إسحاق ابن منصور عن أحمد قال فإن اختارت زوجها فواحده يملك الرجعة وإن اختارت نفسها فثلاث قال أبو بكر انفرد بهذا إسحاق بن منصور والعمل على مارواه الجماعة . ووجه هذه الرواية أن التخيير كناية نوى بها الطلاق فوقع بها بمجردها كسائر كناياته وكقوله أنكحى من شئت .

ولنا : قول عائشة قد خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان طلاقا وقالت لما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بى فقال « إنى لمخبرك خبراً فلا عليك أن لاتعجلى حتى تستأمرى أبويك — ثم قال — ان الله تعالى قال ( يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها — حتى بلغ — ان الله أعد للمحسنات منكن أجراً عظيما ) فقالت فى أى هذا استأمر أبوى ؟ فإنى أريد الله ورسوله والدار الآخرة قالت ثم فعل أزواج النبي صلى الله عليه وسلم مثل ما فعلت » متفق عليهما قال مسروق ما أبالى خيرت امرأتى واحدة أو مائة أو ألفاً بعد أن تختارنى ولأنها مخيرة اختارت النكاح فلم يقع بها الطلاق كالمعتقة تحت عبد ، فأما إن قالت اخترت نفسى فيفتقر إلى نيتها لأنه لفظ كناية منها فإن نوى أحدهما دون الآخر لم يقع لأن الزوج إذا لم ينوفما فوض إليها الطلاق فلا يصح أن يوقعه وإن نوى ولم تنو هى فقد فوض إليها الطلاق فما أوقعته فلم يقع شىء كما لو وكل وكيلا فى الطلاق فلم يطلق وإن نويا جميعا وقع ما نوياه من العدد إن إتفقا فيه ، وإن نوى أحدهما أقل من الآخر وقع الأقل لأن مازاد انفرد بهأحدهما فلم يقع .

( فصل ) وإن قال أمرك بيدك أو اختارى فقالت قبلت لم يقع شىء لأن أمرك بيدك توكيل فقولها فى جوابه : قبلت ينصرف الى قبول الوكالة فلم يقع شىء كما لوقال لأجنبى أمر امرأتى بيدك فقال قبلت وقوله اختارى فى معناه ، وكذلك ان قالت أخذت أمرى نص عليها أحمد فى رواية ابراهيم بن هانىء اذا قال لامرأته أمرك بيدك فقالت قبلت ليس بشىء حتى تبين ، وقال اذا قالت أخذت أمرى ليس بشىء قال واذا قال لامرأته اختارى فقالت قبلت نفسى أوقالت أخترت نفسى كان أبين . قال القاضى ولوقالت اخترت ولم تقل نفسى لم تطلق وان نوت ولو قال الزوج اختارى ولم يقل نفسك ولم ينوه لم تطلق مالم تذكر نفسها مالم يكن فى كلام الزوج أو جوابها

ما يصرف الكلام إليه لأن ذلك فى حكم التفسير فإذا عرى عن ذلك لم يصح ، وإن قالت اخترت زوجى أو اخترت البقاء على النكاح أو رددت الخيار أو رددت عليك سفهتك بطل الخيار ، وإن قالت اخترت أهلى أو أبوى ونوت وقع الطلاق لأن هذا يصلح كناية من الزوج فيما إذا قال الحقى بأهلك فكذلك منها ، وإن قالت اخترت الأزواج فكذلك لأنهم لا يحلون إلا بمفارقة هذا الزوج ولذلك كان كناية منه فى قوله : انكحى من شئت .

( فصل ) فإن كرر لفظة الخيار فقال اختارى اختارى اختارى فقال أحمد إن كان انما يردد عليها ليفهمها وليس نيته ثلاثا فهى واحدة وان كان أراد بذلك ثلاثا فهى ثلاث ، فرد الأمر الى نيته فى ذلك وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة إذا قبلت وقع ثلاثا لأنه كرر ما يقع به الطلاق فتكرر كما لو كرر الطلاق .

ولنا : أنه يحتمل التأكيد فإذا قصده قبل منه كما لو قال أنت طالق الطلاق وإن أطلق فقد روى عن أحمد ما يدل على أنها واحدة يملك الرجعة ، وهذا اختيار القاضى ومذهب عطاء وأبى ثور لأن تكرير التخيير لا يزيد به الخيار كشرط الخيار فى البيع ، وروى عن أحمد إذا قال لامرأته اختارى فقالت اخترت نفسى هى واحدة إلا أن يقول اختارى اختارى وهذا يدل على أنها تطلق ثلاثا ونحوه قال الشعبى والنخعى وأصحاب الرأى ومالك لأن اللفظة الواحدة تقتضى طلقة فإذا تكررت اقتضت ثلاثاً كلفظة الطلاق .

( فصل ) فإن قال لزوجته طلقى نفسك ونوى عدداً فهو على ما نوى وإن أطلق من غير نية لم يملك إلا واحدة لأن الأمر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الإسم وكذلك الحكم لو وكل أجنبيا فقال طلق زوجتى فالحكم على ما ذكرناه ، قال أحمد إذا قال لامرأته طلقى نفسك ونوى ثلاثا فطلقت نفسها ثلاثا فهى ثلاث وإن كان نوى واحدة فهى واحدة وذلك لأن الطلاق يكون واحدة وثلاثا فأيهما نواه فقد نوى بلفظه ما احتمله وإن لم ينو تناول اليقين وهو الواحدة فإن طلقت نفسها أو طلقها الوكيل فى المجلس أو بعده وقع الطلاق لأنه توكيل . وقال القاضى إذا قال لها طلقى نفسك تقيد بالمجلس لأنه تفويض للطلاق إليها فتقيد بالمجلس كقوله اختارى .

ولنا : أنه توكيل فى الطلاق فكان على التراخى كتوكيل الأجنبى وكقوله أمرك بيدك . وفارق اختارى فإنه تخيير ، وما ذكروه ينتقض بقوله أمرك بيدك ولها أن توقع الطلاق بلفظ الصريح وبالكناية مع النية وقال بعض أصحاب الشافعى ليس لها أن توقعه بالكناية لأنه فوضه إليها بلفظ الصريح فلايصح أن توقع غير ما فوض إليها.

ولنا : أنه فوض إليها الطلاق وقد أوقعته فوقع كما لو أوقعته بلفظ الصريح وما ذكره غير صحيح فإن التوكيل فى شىء لا يقتضى أن يكون إيقاعه بلفظ الأمر من جهته كما لو قال لوكيله بع دارى جاز له بيعها بلفظ التمليك وإن قال لها طلقى ثلاثا فطلقت واحدة وقع نص عليه ، وقال مالك لا يقع شىء لأنها لم تمتثل أمره .

ولنا : أنها ملكت إيقاع ثلاث فملكت إيقاع واحدة كالموكل ولأنه لو قال وهبتك هؤلاء العبيد الثلاثة فقال قبلت واحداً منهم صح كذا ههنا وإن قال طلقى واحدة فطلقت ثلاثا ، وقعت واحدة نص عليه أيضاً ، وبه قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة لا يقع شىء لأنها لم تأت بما يصلح قبولا فلم يصح كما لو قال بعتك نصف هذا العبد فقال قبلت البيع فى جميعه .

ولنا : أنها وقعت طلاقا مأذونا فيه وغيره فوقع المأذون فيه دون غيره كما لو قال طلقى نفسك فطلقت نفسها وضرائرها فإن قال طلقى نفسك فقالت أنا طالق إن قدم زيد لم يصح لأن إذنه انصرف إلى المنجز فلم يتناول المعلق على شرط وحكم توكيل الأجنبى فى الطلاق كحكمها فيما ذكرناه كله .

( فصل ) نقل عنه أبو الحارث إذا قال طلقى نفسك طلاق السنة قالت قد طلقت نفسى ثلاثا هى واحدة وهو أحق برجعتها إنما كان كذلك لأن التوكيل بلفظ يتناول أقل ما يقع عليه اللفظ وهو طلقة واحدة سيما وطلاق السنة فى الصحيح طلقة واحدة فى طهر لم يصبها فيه .

( فصل ) ويجوز أن يجعل أمر امرأته بيدها بعوض وحكمه حكم ما لا عوض له فى أن له الرجوع فيما جعل لها وأنه يبطل بالوطء ، قال أحمد إذا قالت امرأته اجعل أمرى بيدى وأعطيك عبدى هذا قبض العبد وجعل أمرها بيدها فلها أن تختار ما لم يطأها أو ينقضه وذلك لأنه توكيل والتوكيل لا يلزم بدخول العوض فيه وكذلك التمليك بعوض لا يلزم ما لم يتصل به القبول كالبيع .

( فصل ) إذا اختلفا فقال الزوج لم أنو الطلاق بلفظ الاختيار وأمرك بيدك وقالت بل نويت كان القول قوله لأنه أعلم بنيته ولا سبيل إلى معرفته إلا من جهته ما لم يكن جواب سؤال أو معها دلالة حال ، وإن قال لم تنو الطلاق باختيار نفسك قالت بل نويت فالقول قولها لما ذكرنا ، وإن قالت قد اخترت نفسي وأنكر وجود الاختيار منها فالقول قوله لأنه منكر له وهو مما يمكنه عليه وتمكنها إقامة البينة عليه فأشبه ما لو علق طلاقها على دخول الدار فادعته فأنكره .

( فصل ) إذا قال لزوجته أنت على حرام وأطلق فهو ظهار وقال الشافعي لا شيء عليه وله قول آخر عليه كفارة يمين وليس بيمين ، وقال أبو حنيفة هو يمين وقد روى ذلك عن أبي بكر وعمر بن الخطاب وابن مسعود رضي الله عنهم ، وقال سعيد حدثنا خالد بن عبد الله عن جويبر عن الضحاك أن أبا بكر وعمر وابن مسعود قالوا في الحرام يمين وبه قال ابن عباس وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعن أحمد ما يدل على ذلك لأن الله تعالى قال ( لم تحرم ما أحل الله لك ) ثم قال ( قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ) وقال ابن عباس ( لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة ) ولأنه تحريم للحلال أشبه تحريم الأمة .

ولنا : أنه تحريم للزوجة بغير طلاق فوجبت به كفارة الظهار كما لو قال أنت على حرام كظهر أمي فأما إن نوى غير الظهار فالمنصوص عن أحمد في رواية جماعة أنه ظهار نوى الطلاق أو لم ينوه وذكره الخرقي في موضع غير هذا وممن قال إنه ظهار : عثمان بن عفان وابن عباس وأبو قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبتي روى الأثرم بإسناده عن ابن عباس في الحرام أنه تحرير رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا ، ولأنه صريح في تحريمها فكان ظهاراً وإن نوى غيره كقوله أنت على كظهر أمي وعن أحمد أنه إذا نوى الطلاق كان طلاقاً قال إذا قال ما أحل الله على حرام يعني به الطلاق أخاف أن يكون ثلاثاً ولا أفتي به وهذا مثل قوله في الكنايات الظاهرة فكأنه جعله من كنايات الطلاق يقع به الطلاق إذا نواه ونقل عنه البغوي في رجل قال لامرأته أمرك بيدك فقالت أنا عليك حرام فقد حرمت عليه فجعله منها كناية في الطلاق فكذلك من الرجل ، واختاره ابن عقيل وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ، وروى ذلك عن

ابن مسعود وممن روى عنه أنه طلاق ثلاث على وزيد بن ثابت وأبو هريرة والحسن البصرى وابن أبي ليلى وهو مذهب مالك فى المدخول بها لأن الطلاق نوع تحريم فصح أن يكنى به عنه كقوله أنت بائن فأما إن لم ينو الطلاق فلا يكون طلاقاً بحال لأنه ليس بصريح فى الطلاق ، فإذا لم ينو معه لم يقع به طلاق كسائر الكنايات ، وإن قلنا إنه كناية فى الطلاق ونوى به فحكمه حكم الكنايات الظاهرة على ما مضى من الاختلاف فيها وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعى ، كل على أصله ويمكن حمله على الكنايات الخفية إذا قلنا إن الرجعة محرمة لأن أقل ما تحرم به الزوجة طلقة رجعية فحمل على اليقين . وقد روى عن أحمد ما يدل عليه فإنه قال إذا قال أنت على حرام أعنى به طلاقاً فهى واحدة وروى هذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه والزهرى وقد روى عن مسروق وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي ليس بشيء لأنه قول هوكاذب فيه وهذا يبطل بالظهار فإنه منكر من القول وزور وقد وجبت الكفارة ولأن هذا إيقاع للطلاق فأشبه قوله أنت بائن أو أنت طالق وروى عن أحمد أنه إذا نوى اليمين كان يميناً فإنه قال فى رواية مهنا أنه إذا قال أنت على حرام ونوى يميناً ثم تركها أربعة أشهر قال هو يمين وإنما الإيلاء أن يحلف بالله أن لا يقرب إمرأته . فظاهر هذا أنه إذا نوى اليمين كانت يميناً وهذا مذهب ابن مسعود وقول أبي حنيفة والشافعى وممن روى عنه عليه كفارة يمين أبو بكر الصديق وعمر وابن عباس وعائشة وسعيد ابن المسيب والحسن وعطاء وطاوس وسليمان بن يسار وقتادة والأوزاعى، وفى المتفق عليه عن سعيد بن جبير أنه سمع ابن عباس يقول : إذا حرم الرجل عليه امرأته فهى يمين يكفرها وقال ( لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة ) ولأن الله تعالى قال ( يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك ؟ تبتغى مرضاة أزواجك والله غفور رحيم ۝ قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ) فجعل الحرام يميناً ومعنى قوله نوى يميناً والله أعلم أنه نوى بقوله أنت على حرام ترك وطئها واجتنابها وأقام ذلك مقام قوله والله لا وطئتك .

( فصل ) وإن قال أنت على حرام أعنى به الطلاق فهو طلاق رواه الجماعة عن أحمد وروى عنه أبو عبد الله النيسابوري أنه قال إذا قال أنت على حرام أريد

به الطلاق كنت أقول إنها طالق يكفر كفارة الظهار وهذا كأنه رجوع عن قوله إنه طلاق ، ووجهه أنه صريح فى الظهار فلم يصر طلاقاً بقـــوله أريد به الطلاق كما لو قال أنت على كظهر أمى أعنى به الطلاق قال القاضى ولكن جماعة أصحابنا على أنه طلاق وهى الرواية المشهورة التى رواها عنه الجماعة لأنه صرح بلفظ الطلاق فكان طلاقاً كما لو ضربها وقال هذا طلاقك وليس هذا صريحاً فى الظهار إنما هو صريح فى التحريم والتحريم يتنوع إلى تحريم بالظهار وإلى تحريم بالطلاق فإذا بين بلفظه إرادة تحريم الطلاق وجب صرفه إليه ، وفارق قوله أنت على كظهر أمى فإنه صريح فى الظهار وهو تحريم لا يرتفع إلا بالكفارة فلم يمكن جعل ذلك طلاقاً بخلاف مسألتنا ثم إن قال أعنى بهالطلاق أو نوى به ثلاثاً فهى ثلاث نص عليه أحمد لأنه أتى بالألف واللام التى للاستغراق تفسيراً للتحريم فيدخل فيه الطلاق كله وإذا نوى الثلاث فقد نوى بلفظه ما يحتمله من الطلاق فوقع كما لو قال أنت بائن وعنه لا يكون ثلاثاً حتى ينويها سواء كانت فيه الألف واللام أو لم تكن لأنالألف واللام تكون لغير الاستغراق فى أكثر أسماء الأجناس ، وإن قال أعنى به طلاقاً فهو واحدة لأنه ذكره منكراً فيكون طلاقاً واحداً نص عليه أحمد وقال فى رواية حنبل إذا قال أعنى طلاقاً فهى واحدة أو اثنتان إذا لم تكن فيه ألف ولام .

( فصل ) فإن قال أنت على كظهر أمى ونوى به الطلاق لم يكن طلاقاً لأنه صريح فى الظهار فلم يصلح كناية فى الطلاق كما لا يكون الطلاق كناية فى الظهار ولأن الظهار تشبيه بمن هى محرمة على التأبيد والطلاق يفيد تحريماً غير مؤبد فلم تصلح الكناية بأحدهما عن الآخر ، ولو صرح به فقال أعنى به الطلاق لم يصر طلاقاً لأنه لا يصلح الكناية به عنه .

( فصل ) وإن قال أنت على كالميتة والدم ونوى به الطلاق كان طلاقاً لأنه يصلح أن يكون كناية فيه فإذا اقترنت به النية وقع به الطلاق ويقع به من عدد الطلاق ما نواه فإن لم ينو شيئاً وقعت واحدة لأنه من الكنايات الخفية وهذا حكمها ، وإن نوى به الظهار وهو أن يقصد تحريمها عليه مع بقاء نكاحها احتمل أن يكون ظهاراً كما قلنا فى قوله أنت على حرام ، واحتمل أن لا يكون ظهاراً كما لو قال أنت على كظهر البهيمة أوكظهر أبى ، وإن نوى اليمين وهو أن يريد

بذلك ترك وطئها لاتحريمها ولاطلاقها فهو يمين ، وإن لم ينو شيئا لم يكن طلاقا لأنه ليس بصريح فى الطلاق ولا نواه به وهل يكون ظهاراً أو يميناً ؟ على وجهين

أحدهما : يكون ظهاراً لأن معناه أنت حرام على كالميتة والدم فان تشبيهها بهما . يقتضى التشبيه بها فى الأمر الذى اشتهرا به وهو التحريم لقول الله تعالى فيهما ( حرمت عليكم الميتة والدم )

والثانى . يكون يمينا لأن الأصل براءة الذمة فإذا أتى بلفظ محتمل تثبت به أقل الحكمين لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا نثبته بالشك ولا نزول عن الأصل إلا بيقين ، وعند الشافعى هو كقوله أنت على حرام سواء .

« مسألة » قال ( وإذا طلقها بلسانه واستثنى شيئا بقلبه وقع الطلاق ولم ينفعه الاستثناء )

وجملة ذلك : أن مايتصل باللفظ من قرينة أو استثناء على ثلاثة أضرب :

أحدها : مالا يصح نطقا ولا نية وذلك نوعان . أحدها : مايرفع حكم اللفظ كله مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا أو أنت طالق طلقة لاتلزمك أو لا تقع عليك فهذا لايصح بلفظه ولا بنيته لأنه يرفع حكم اللفظ كله فيصير الجميع لغواً فلا يصح هذا فى اللغة بالاتفاق وإذا كان كذلك سقط الاستثناء والصفة ووقع الطلاق .

الضرب الثانى مايقبل لفظا ولا يقبل نية لا فى الحكم ولا فيما بينه وبين الله تعالى وهو استثناء الأقل فهذا يصح لفظا لأنه من لسان العرب ولا يصح بالنية مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا ويستثنى بقلبه إلا واحدة أو أكثر فهذا لايصح لأن العدد نص فيما تناوله لايحتمل غيره فلا يرتفع بالنية ماثبت بنص اللفظ فإن اللفظ أقوى من النية ، ولو نوى بالثلاث اثنتين كان مستعملا للفظ فى غير مايصلح له فوقع مقتضى اللفظ ولغت نيته .

وحكى عن بعض الشافعية أنه يقبل فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال نسائى طوالق واستثنى بقلبه إلا فلانة : والفرق بينهما أن نسائى اسم عام يجوز التعبير به عن بعض ماوضع له وقد استعمل العموم بازاء الخصوص كثيراً فإذا أراد به البعض صح ، وقوله ثلاثا اسم عدد للثلاث لايجوز التعبير به عن عدد غيرها ولا يحتمل سواها بوجه فإذا أراد بذلك اثنتين فقد أراد باللفظ ما لايحتمله وإنما تعمل النية فى صرف

اللفظ المحتمل إلى أحد محتملاته ، فأما ما لايحتمل فلا فإنا لو عملنا به فيما لايحتمل كان عملا بمجرد النية ومجرد النية لايعمل فى نكاح ولا طلاق ولا بيع ، ولو قال نسائى الاربع طوالق أو قال لهن أربعتكن طوالق واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل على قياس ماذكرناه ولا يدين فيه لأنه عنى باللفظ مالا يحتمل .

الضرب الثالث : ما يصح نطقا وإذا نواه دين فيما بينه وبين الله تعالى وذلك مثل تخصيص اللفظ العام أو استعمال اللفظ فى مجازه مثل قوله نسائى طوالق يريد بعضهن أو ينوى بقوله طالق أى من وثاق فهذا يقبل إذا كان لفظا وجها واحدا لأنه وصل كلامه بما بين مراده ، وإن كان بنيته قبل فيما بينه وبين الله تعالى لأنه أراد تخصيص اللفظ العام واستعماله فى الخصوص وهذا سائغ فى اللغة شائع فى الكلام فلا يمنع من استعماله والتكلم به ويكون اللفظ بنيته منصرفا إلى ما أراده دون مالم يرده ، وهل يقبل ذلك فى الحكم ؟ يخرج على روايتين .

إحداهما : يقبل لأنه فسر كلامه بما يحتمله فصح كما لوقال : أنت طالق أنت طالق وأرادبالثانية إفهامها . الثانية: لايقبل لأنه خلاف الظاهروهو مذهب الشافعى ، ومن شرط هذا أن تكون النية مقارنه للفظ وهو أن يقول : نسائى طوالق يقصد بهذا اللفظ بعضهن ، فأما إن كانت النية متأخرة عن اللفظ فقال نسائى طوالق ثم بعد فراغه نوى بقلبه بعضهن لم تنفعه النية ووقع الطلاق بجميعهن وكذلك لو طلق نساءه ونوى بعد طلاقهن أى من وثاق لزمه الطلاق لأنه مقتضى اللفظ والنية الأخيرة نية مجردة لا لفظ معها فلا تعمل . ومن هذا الضرب تخصيص حال دون حال مثل أن يقول : أنت طالق ثم يصله بشرط أو صفة مثل قوله إن دخلت الدار أو بعد شهر أو قال إن دخلت الدار بعد شهر فهذا يصح إذا كان نطقاً بغير خلاف ، وإن نواه ولم يلفظ به دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ على روايتين قال فى رواية إسحاق بن إبراهيم فيمن حلف لايدخل الدار وقال نويت شهراً يقبل منه أو قال : إذا دخلت دار فلان فأنت طالق ونوى تلك الساعة وذلك اليوم قبلت نيته

والرواية الأخرى : لاتقبل فانه قال إذا قال لامرأته أنت طالق ونوى فى نفسه إلى سنة تطلق ليس ينظر إلى نيته ، وقال إذا قال أنت طالق وقال نويت ان دخلت الدار لايصدق ، ويمكن الجمع بين هاتين الروايتين بأن يحمل قوله فى القبول على أنه يدين

فيما بينه وبين الله تعالى وقوله فى عدم القبول على الحكم فلا يكون بينهما اختلاف . والفرق بين هذه الصورة والتى قبلها أن ارادة الخاص بالعام شـــائع كثير ، وإرادة الشرط من غير ذكره غير سائغ فهو قريب من الاستثناء ، ويمكن أن يقال هذا كله من جملة التخصيص .

( فصل ) وإذا قالت له امرأة من نسائه طلقنى فقال نسائى طوالق ولا نية له طلقن كلهن بغير خلاف لأن لفظه عام ، وإن قالت له طلق نساءك فقال نسائى طوالق فكذلك ، وحكى عن مالك أن السائله لاتطلق فى هذه الصورة لأن الخطاب العام يقصر على سببه الخاص وسببه سؤال طلاق من سواها .

ولنا : أن اللفظ عام فيها ولم يرد به غير مقتضاه فوجب العمل بعمومه كالصورة الأولى ، والعمل بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب لأن دليل الحكم هو اللفظ فيجب اتباعه والعمل بمقتضاه فى خصوصه وعمومه ولذلك لوكان أخص من السبب لوجب قصره على خصوصه واتباع صفة اللفظ دون صفة السبب فان أخرج السائلة بنيته دين فيما بينه وبين الله تعالى فى الصورتين وقبل فى الحكم فى الصورة الثانية لأن خصوص السبب دليل على نيته ولم يقبل فى الصوره الأولى قاله ابن حامد لأن طلاقه جواب لسؤالها الطلاق لنفسها فلا يصدق فى صرفه عنها لأنه يخالف الظاهر من وجهين ولأنها سبب الطلاق وسبب الحكم لايجوز إخراجه من العموم بالتخصيص ، وقال القاضى يحتمل أن لاتطلق لأن لفظه عام والعام يحتمل التخصيص

( فصل ) فان قال أنت طالق إن دخلت الدار . ثم قال إنما أردت الطلاق فى الحال لكن سبق لسانى إلى الشرط طلقت فى الحال لأنه أقر على نفسه بما يوجب الطلاق فلزمه كما لوقال قد طلقتها فان قال بعد ذلك كذبت وإنما أردت طلاقها عند الشرط دين فى ذلك ولم يقبل فى الحكم لأنه رجوع عما أقر به .

( فصل ) وقول الخرقى : واستثنى شيئاً بقلبه يدل بمفهومه على أنه إذا استثنى بلسانه صح ولم يقع ما استثناه وهو قول جماعة أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لامرأته أنت طـالق ثلاثا إلا واحدة أنها تطلق طلقتين منهم : الثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، وحكى عن أبى بكر أن الاستثناء لايؤثر فى عدد الطلقات ويجوز فى المطلقات، فلو قال أنت طالق

ثلاثا إلا واحدة وقع الثلاث ولو قال نسائي طوالق إلا فلانة لم تطلق لأن الطلاق لا يمكن رفعه بعد إيقاعه والاستثناء يرفعه لو صح ، وما ذكره من التعليل باطل بما سلمه من الاستثناء في المطلقات ، وليس الاستثناء رفعا لما وقع إذ لو كان كذلك لما صح في المطلقات ولا الإعتاق ولا في الإقرار ولا الأخبار، وإنما هو مبين أن المستثنى غير مراد بالكلام فهو يمنع أن يدخل فيه ما لولاه لدخل ، فقوله( فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً) عبارة عن تسعمائة وخمسين، وقوله (إنني براء مما تعبدون الا الذى فطرنى ) تبرؤ من غير الله ، فكذلك قوله : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة عبارة عن اثنتين لاغير وحرف الاستثناء المستولى عليه إلا ويشبه به أسماء وأفعال وحروف فالأسماء غير وسوى والأفعال ليس ولا يكون وعدا والحروف حاشا وخلا فأى كلمة استثنى بها صح الاستثناء .

( فصل ) ولا يصح استثناء الأكثر نص عليه أحمد لو قال : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين وقع ثلاث ، والأكثرون على أن ذلك جائز وقد ذكرناه فى الإقرار وذكرنا أن أهل العربية إنما أجازوه فى القليل من الكثير وحكينا ذلك عن جماعة من أئمة أهل اللغة فإذا قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وقع اثنتان وإن قال إلا اثنتين وقع ثلاث وإن قال طلقتين إلا طلقة ففيه وجهان . أحدهما : يقع طلقة . الثانى : طلقتان بناء على استثناء النصف هل يصح أولا ؟ على وجهين . وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا وقع ثلاث بغير خلاف لأن الاستثناء لرفع بعض المستثنى منه فلا يصح أن يرفع جميعه . وإن قال أنت طالق خمساً إلا ثلاثا وقع ثلاث لأن الاستثناء إن عاد إلى الخمس فقد استثنى الأكثر وإن عاد إلى الثلاث التى يملكها فقد رفع جميعها وكلاهما لا يصح وإن قال خمساً إلا طلقة ففيه وجهان . أحدهما : يقع ثلاث لأن الكلام مع الاستثناء كأنه نطق بما عدا المستثنى فكأنه قال أنت طالق أربعا، والثانى: يقع اثنتان ذكره القاضى لأن الاستثناء يرجع إلى ما ملكه من الطلقات وهى الثلاث وما زاد عليها يلغو وقد استثنى واحدة من الثلاث فيصح ويقع طلقتان .

وإن قال أنت طالق أربعا إلا اثنتين فعلى الوجه الأول يصح الاستثناء ويقع اثنتان ، وعلى قول القاضى ينبغى أن لا يصح الاستثناء ويقع ثلاث لأن الاستثناء يرجع إلى الثلاث فيكون استثناء الأكثر .

( فصل ) فإن قال أنت طالق اثنتين وواحدة إلا واحدة ففيه وجهان .

أحدهما : لايصح الاستثناء لأن الاستثناء يرفع الجملة الأخيرة بكمالها من غير زيادة عليها فيصير ذكرها واستثناؤها لغواً وكل استثناء أفضى تصحيحه إلى الغاية وإلغاء المستثنى منه بطل كاستثناء الجميع ولأن إلغاءه وحده أولى من إلغائه مع الغاء غيره ولأن الاستثناء يعود الى الجملة الأخيرة فى أحد الوجهين فيكون استثناء للجميع والوجه الثانى : يصح الاستثناء ويقع طلقتان لأن العطف بالواو يجعل الجملتين كالجملة الواحدة فيصير مستثنياً لواحدة من ثلاث ولذلك لو قال له على مائة وعشرون درهما الا خمسين صح والأول أصح وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى .

وإن قال أنت طالق واحدة واثنتين إلا واحـــدة فعلى الوجه الثانى يصح الاستثناء وعلى الوجه الأول يخرج فى صحته وجهان بناء على استثناء النصف وإن قال أنت طالق وطالق وطالق الا طلقة أو قال طالق طلقتين ونصفاً الا طلقة فالحكم فى ذلك كالحكم فى المسألة الأولى سواء وان كان العطف بغير واو كقوله أنت طالق فطالق فطالق أوطالق ثم طالق ثم طالق الاطلقة لم يصح الإستثناء لأن هذا حرف يقتضى الترتيب وكون الطلقة الأخيرة مفردة عما قبلها فيعود الاستثناء اليها وحدها فلا يصح وان قال أنت طالق اثنتين واثنتين الا اثنتين لم يصح الاستثناء لأنه إن عاد الى الجملة التى تليه فهو رفع لجميعها وان عاد الى الثلاث التى يملكها فهو رفع لأكثرها وكلاهما لا يصح ، ويحتمل أن يصح بناء على أن العطف بالواو يجعل الجملتين جملة واحدة وأن استثناء النصف يصح فكأنه قال : أربعاً الا اثنتين وان قال أنت طالق اثنتين واثنتين إلا واحدة احتمل أن يصح . لأنه استثنى واحدة من ثلاث واحتمل أن لا يصح لأنه إن عاد الى الرابعة فقد بقى بعدها ثلاث وان عاد الى الواحدة الباقية من الاثنتين فهو استثناء الجميع .

( فصل ) وإن قال : أنت طالق ثلاثا إلا طلقة وطلقة ، ففيه وجهان .

أحدهما: يلغو الاستثناء ويقع ثلاث لأن العطف يوجب اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه فيصير مستثنيا لثلاث من ثلاث ، وهذا وجه لأصحاب الشافعى، وقول أبى حنيفة، والثانى : يصح الاستثناء فى طلقة لأن استثناء الأول جائز ، وانما لا يصح استثناء الثانية والثالثة فيلغو واحدة . وقال أبو يوسف ومحمد : يصح استثناء اثنتين ويلغو

فى الثالثة بناء على أصلهم فى أن استثناء الأكثر جائز وهو الوجه الثانى لأصحاب الشافعى . وإن قال : أنت طالق طلقتين إلا طلقة وطلقة ، ففيه الوجهان . وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا طلقة ونصف احتمل وجهين أيضاً . أحدهما : يلغو الاستثناء لأن النصف يكمل فيكون مستثنياً للأكثر فيلغو ، والثانى : يصح فى طلقة فتقع طلقتان لما ذكرنا فى التى قبلها ، فإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وإلا واحدة كان عاطفاً الاستثناء على استثناء ، فيصح الأول ويلغو الثانى ، لأننا لو صححناه لكان مستثنياً للأكثر فيقع به طلقتان ويجيء على قول من أجاز استثناء الأكثر أن يصح فيهما فتقع طلقة واحدة ، وإن قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة إلا واحدة كان مستثنياً من الواحدة المستثناه واحدة فيحتمل أن يلغو الاستثناء الثانى ، ويصح الأول فيقع به طلقتان ، ويحتمل أن يقع به الثلاث لأن الاستثناء الثانى معناه إثبات طلقة فى حقها لكون الاستثناء من النفى إثباتاً ، فيقبل ذلك فى إيقاع طلاقه ، وإن لم يقبل فى نفيه كما لو قال : أنت طالق طلقتين ونصفاً وقع به ثلاث ، ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا نصف طلقة وقع به ثلاث فكمل النصف فى الإثبات ولم يكمل فى النفى .

( فصل ) ويصح الاستثناء من الاستثناء . ولا يصح منه فى الطلاق إلا مسألة واحدة على اختلاف فيها ، وهى قوله : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة ، فإنه يصح إذا أجزنا استثناء النصف فيقع به طلقتان ، فإن قيل : فكيف أجزتم استثناء الاثنتين من الثلاث وهى أكثرها ؟ قلنا : لأنه لم يسكت عليهما بل وصلهما بأن استثنى منها طلقة فصار عبارة عن واحدة : وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين لم يصح، لأن استثناء الاثنتين من الثلاث لا يصح لأنهما أكثرها ، واستثناء الثلاث من الثلاث لا يصح لأنها جميعها ، وإن قال ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة لم يصح ، ووقع ثلاث لأنه إذا استثنى واحدة من ثلاث بقى اثنتان لا يصح استثناؤهما من الثلاث الأول ، فيقع الثلاث ، وذكر أبو الخطاب فيها وجهاً آخر ، أنه يصح لأن الاستثناء الأول يلغو لكونه استثناء الجميع فيرجع قوله ، إلا واحدة إلى الثلاث المثبتة فيقع منها طلقتان ، والأول أولى ، لأن الاستثناء من الإثبات نفى ومن

النفى إثبات ، فإذا استثنى من الثلاث المنفية طلقة كان مثبتاً لها ، فلا يجوز جعلها من الثلاث المثبتة لأنه يكون إثباتاً من إثبات ، ولا يصح الاستثناء فى جميع ذلك إلا متصلا بالكلام ، وقد ذكر فى الإقرار والله أعلم .

« مسألة » قال ( وإذا قال لها أنت طالق فى شهر كذا لم تطلق حتى تغيب شمس اليوم الذى يلى الشهر المشترط ) .

وجملة ذلك : أنه إذا قال : أنت طالق فى شهر عينه كشهر رمضان وقع الطلاق فى أول جزء من الليلة الأولى منه ، وذلك حين تغرب الشمس من آخر يوم من الشهر الذى قبله وهو شهر شعبان ، وبهذا قال أبو حنيفة وقال أبو ثور : يقع الطلاق فى آخر رمضان ، لأن ذلك يحتمل وقوعه فى أوله وآخره ، فلا يقع إلا بعد زوال الاحتمال .

ولنا : أنه جعل الشهر ظرفاً للطلاق ، فإذا وجد ما يكون ظرفاً له طلقت كما لو قال : إذا دخلت الدار فأنت طالق ، فإذا دخلت أول جزء منها طلقت . فأما إن قال : إن لم أقضك حقك فى شهر رمضان فامرأتى طالق لم تطلق حتى يخرج رمضان قبل قضائه . لأنه إذا قضاه فى آخره لم توجد الصفة وفى الموضعين لا يمنع من وطء زوجته قبل الحنث ، وقال مالك : يمنع ، وكذلك كل يمين على فعل يفعله يمنع من الوطء قبل فعله لأن الظاهر أنه على حنث لأن الحنث بترك الفعل وليس بفاعله .

ولنا : أن طلاقه لم يقع فلا يمنع من الوطء لأجل اليمين ، كما لو حلف لا فعلت كذا ، ولو صح ما ذكره لوجب إيقاع الطلاق ،

( فصل ) ومتى جعل زمناً ظرفاً للطلاق وقع الطلاق فى أول جزء منه ، مثل أن يقول : أنت طالق اليوم أو غداً أو فى سنة كذا أو فى شهر المحرم لما ذكرنا . فإن قال فى آخره أو أوسطه أو يوم كذا منـــه أو فى النهار دون الليل قبل منه فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين ، وإن قال : أنت طالق فى أول رمضان أو غرة رمضان أو فى رأس شهر رمضان أو دخول شهر رمضان أو استقبال رمضان أو مجيء شهر رمضان طلقت بأول جزء منه ، ولم يقبل قوله : أردت أوسطه أو آخره لا ظاهراً ولا باطناً لأنه لا يحتمله لفظه . وإن قال بانقضاء

رمضان أو انسلاخه أو نفاده أو مضيه طلقت فى آخر جزء منه ، وإن قال : أنت طالق فى أول نهارشهر رمضان أو فى أول يوم منه طلقت بطلوع فجر أول يوم منه لأن ذلك أول النهار واليوم ، ولهذا لو نذر اعتكاف يوم أو صيام يوم لزمه من طلوع الفجر . وإن قال : أنت طالق إذا كان رمضان أو إلى رمضان أو إلى هلال رمضان أو فى هلال رمضان طلقت ساعة يستهل إلا أن يكون نوى من الساعة إلى الهلال فتطلق فى الحال ، وإن قال : أنت طالق فى مجىء ثلاثة أيام طلقت فى أول اليوم الثالث .

( فصل ) وإذا أوقع الطلاق فى زمن أو علقه بصفة تعلق بها ولم يقع حتى تأتى الصفة والزمن وهذا قول ابن عباس وعطاء وجابر بن زيد والنخعى وأبى هاشم والثورى والشافعى وإسحاق وأبى عبيد وأصحاب الرأى ، وقال سعيد بن المسيب والحسن والزهرى وقتادة ويحيى الأنصارى وربيعة ومالك ، إذا علق الطلاق بصفة تأتى لا محالة ، كقوله : أنت طالق إذا طلعت الشمس أو دخل رمضان طلقت فى الحال ، لأن النكاح لا يكون مؤقتاً بزمان ، ولذلك لا يجوز أن يتزوجها شهراً .

ولنا : أن ابن عباس كان يقول فى الرجل يقول لامرأته : أنت طالق إلى رأس السنة ، قال يطأ فيما بينه وبين رأس السنة ، ولأنه إزالة ملك يصح تعليقه بالصفات فتى علقه بصفة لم يقع قبلها كالعتق فإنهم سلموه ، وقد احتج أحمد بقول أبى ذر : « إن لى إبلا يرعاها عبد لى وهو عتيق إلى الحول » ولأنه تعليق للطلاق بصفة لم توجد فلم يقع ، كما لو قال : أنت طالق إذا قدم الحاج ، وليس هذا توقيتاً للنكاح وإنما هو توقيت للطلاق : وهذا لا يمنع كما أن النكاح لا يجوز أن يكون معلقاً بشرط والطلاق يجوز فيه التعليق .

( فصل ) ولو قال : أنت طالق إلى شهر كذا أو سنة كذا فهو كما لو قال فى شهر كذا أو سنة كذا ، ولا يقع الطلاق إلا فى أول ذلك الوقت . وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة : يقع فى الحال لأن قوله أنت طالق إيقاع فى الحال ، وقوله إلى شهر كذا تأقيت له وغاية وهو لا يقبل التأقيت فبطل التأقيت ووقع الطلاق .

ولنا : قول ابن عباس وقول أبى ذر ، ولأن هذا يحتمل أن يكون توقيتاً

لإيقاعه ، كقول الرجل : أنا خارج إلى سنة أى بعد سنة ، وإذا احتمل الأمرين لم يقع الطلاق بالشك ، وقد ترجح ما ذكرناه من وجهين . أحدهما : أنه جعل للطلاق غاية ولا غاية لآخره ، وإنما الغاية لأوله . والثانى : أن ما ذكرناه عمل باليقين وما ذكروه أخذ بالشك . فإن قال : أردت أنها طالق فى الحال إلى سنة كذا وقع فى الحال لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ ولفظه يحتمله . وإن قال : أنت طالق من اليوم إلى سنة طلقت فى الحال لأن من لابتداء الغاية فيقتضى أن طلاقها من اليوم . فإن قال : أردت أن عقد الصفة من اليوم ووقوعه بعد سنة لم يقع إلا بعدها وإن قال : أردت تكرير وقوع طلاقها من حين لفظت به إلى سنة طلقت من ساعتها ثلاثا إذا كانت مدخولا بها . قال أحمد : إذا قال لها أنت طالق من اليوم إلى سنة يريد التوكيد وكثرة الطلاق فتلك طالق من ساعتها .

( فصل ) إذا قال أنت طالق فى آخر أول الشهر طلقت فى آخر أول يوم منه لأنه أوله ، وإن قال فى أول آخره طلقت فى أول آخر يوم منه لأنه آخره . وقال أبو بكر فى الأولى : تطلق بغروب الشمس من اليوم الخامس عشر منه ، وفى الثانية تطلق بدخول أول الليلة السادس عشر منه لأن الشهر نصفان أول وآخر فآخر أوله يلى أول آخره ، وهذا قول أبى العباس بن سريج ، وقال أكثرهم كقولنا وهو أصح ، فإن ما عدا اليوم الأول لا يسمى أول الشهر ويصح نفيه عنه وكذلك لا يسمى أوسط الشهر آخره ولا يفهم ذلك من إطلاق لفظه فوجب أن لا يصرف كلام الحالف إليه ولا يحمل كلامه عليه .

( فصل ) وإذا قال : إذا مضت سنة فأنت طالق أو أنت طالق إلى سنة ، فإن ابتداء السنة من حين حلف إلى تمام اثنى عشر شهراً بالأهلة لقوله تعالى ( يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج ) فإن حلف فى أول الشهر ، فإذا مضى اثنا عشر شهراً وقع طلاقه ، وإن حلف فى أثناء شهر عددت ما بقى منه ثم حسبت بعد بالأهلة ، فإذا مضت أحد عشر شهراً نظرت ما بقى من الشهر الأول فكملته ثلاثين يوما ، لأن الشهر اسم لما بين هلالين . فإن تفرق كان ثلاثين يوما وفيه وجه آخر : أنه تعتبر الشهور كلها بالعدد ، نص عليه أحمد فيمن نذر صيام شهرين متتابعين فاعترض الأيام : قال يصوم ستين يوما وإن ابتدأ من شهر ، فصام شهرين فكانا

ثمانية وخمسين يوما أجزأه وذلك أنه لما صام نصف شهر وجب تكميله من الذى يليه فكان ابتداء الثانى من نصفه أيضاً فوجب أن يكمله بالعدد وهذا المعنى موجود فى السنة ووجه الأول أنه أمكن استيفاء أحد عشر بالأهلة فوجب الاعتبار بها ، كما لو كانت يمينه فى أول شهر ولا يلزم أن يتم الأول من الثانى بل يتمه من آخر الشهور ، وإن قال : أردت بقولى سنة إذا انسلخ ذو الحجة قبل لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ ، وإن قال . إذا مضت السنة فأنت طالق طلقت بانسلاخ ذى الحجة . لأنه لما عرفها بلام التعريف انصرفت إلى السنة المعروفة التى آخرها ذو الحجة ، فإن قال أردت بالسنة اثنى عشر شهراً قبل لأن السنة اسم لها حقيقة .

( فصل ) فإن قال أنت طالق فى كل سنة طلقة فهذه صفة صحيحة لأنه يملك إيقاعه فى كل سنة فإذا جعل ذلك صفة جاز . ويكون ابتداء المدة عقيب يمينه لأن كل أجل ثبت بمطلق العقد ثبت عقيبه كقوله والله لا كلمتك سنة فيقع فى الحال طلقة لأنه جعل السنه ظرفا للطلاق فتقع فى أول جزء منها ، وتقع الثانية فى أول الثانية والثالثة فى أول الثالثة إن دخلتا عليها وهى فى نكاحه لكونها لم تنقض عدتها أو ارتجاعها فى عدة الطلقة الأولى وعدة الثانية أو جدد نكاحها بعد أن بانت ، فإن انقضت عدتها فبانت منه ودخلت السنة الثانية وهى بائن لم تطلق لكونها غير زوجة ، فإن تزوجها فى أثنائها اقتضى قول أكثر أصحابنا وقوع الطلاق عقيب تزويجه لها لأنه جزء من السنة الثانية التى جعلها ظرفا للطلاق ومحلا له وكان سبيله أن تقع فى أولها فمنع منه كونها غير محل الطلاق لعدم نكاحه حينئذ فإذا عادت الزوجية وقع فى أولها ، وقال القاضى تطلق بدخول السنة الثالثة ، وعلى قول التميمى ومن وافقه تنحل الصفة بوجودها فى حال البينونة فلا تعود بحال ، وإن لم يتزوجها حتى دخلت السنة الثالثة ثم نكحها طلقت عقيب تزويجها ثم طلقت الثالثة بدخول السنة الرابعة ، وعلى قول القاضى لا تطلق إلا بدخول الرابعة ، ثم تطلق الثالثة بدخول الخامسة ، وعلى قول التميمى قد انحلت الصفة ، واختلف فى مبدأ السنة الثانية فظاهر ما ذكره القاضى أن أولها بعد انقضاء اثنى عشر شهراً من حين يمينه لأنه جعل ابتداء المدة حين يمينه وكذلك قال أصحاب الشافعى ، وقال أبو الخطاب ابتداء السنة الثانية أول المحرم . لأنها السنة المعروفة فإذا علق مايتكرر على تكرر السنين انصرف إلى السنين المعروفة كقول الله تعالى

(أولا يرون أنهم يفتنون فى كل عام) وإن قال أردت بالسنة اثنى عشر شهراً قبل لأنها سنة حقيقة ، وإن قال نويت أن ابتداء السنين أول السنة الجديدة من المحرم دين قال القاضى ولا يقبل منه فى الحكم لأنه خلاف الظاهر والأولى أن يخرج على روايتين . لأنه يحتمل مخالف للظاهر .

( فصل ) إذا قال أنت طالق إذا رأيت هلال رمضان طلقت برؤية الناس له فى أول الشهر ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة لا تطلق إلا أن يراه لأنه علق الطلاق برؤية نفسه فأشبه ما لو علقه على رؤية زيد .

ولنا : أن الرؤية للهلال فى عرف الشرع العلم به فى أول الشهر بدليل قوله عليه السلام « إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فافطروا » والمراد به رؤية البعض وحصول العلم فانصرف لفظ الحالف إلى عرف الشرع . كما لو قال إذا صليت فأنت طالق فإنه ينصرف إلى الصلاة الشرعية لا إلى الدعاء . وفارق رؤية زيد فإنه لم يثبت له عرف شرعى يخالف الحقيقة وكذلك لو لم يره أحد لكن ثبت الشهر بتمام العدد طلقت لأنه قد علم طلوعه بتمام العدد ، وإن قال أردت إذا رأيته بعينى قبل لأنها رؤية حقيقية . وتتعلق الرؤية برؤية الهلال بعد الغروب فإن رأى قبل ذلك لم تطلق لأن هلال الشهر ما كان فى أوله . ولأننا جعلنا رؤية الهلال عبارة عن دخول أول الشهر . ويحتمل أن تطلق برؤيته قبل الغروب لأنه يسمى رؤية والحكم متعلق به فى الشرع ، فإن قال أردت إذا رأيته أنا بعينى فلم يره حتى أقمر لم تطلق لأنه ليس بهلال . واختلف فيما يصير به قمراً فقيل بعد ثالثة وقيل إذا استدار وقيل إذا بهر ضوؤه .

( فصل ) قال أحمد إذا قال لها أنت طالق ليلة القدر يعتزلها إذا دخل العشر وقبل العشر ، أهل المدينة يرونها فى السبع عشرة إلا أن المثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم فى العشر الأواخر إنما أمره باجتنابها فى العشر لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بالتماس ليلة القدر فى العشر الأواخر . فيحتمل أن تكون أول ليلة منه ويمكن أن هذا منه على سبيل الاحتياط ولا يتحقق حنثه الى آخر ليلة من الشهر لاحتمال أن تكون هى تلك الليلة .

( فصل ) واذا علق طلاقها على شرط مستقبل . ثم قال عجلت لك تلك

الطلقة لم تتعجل لأنها معلقة بزمن مستقبل . فلم يكن له إلى تعجيلها سبيل ، وإن أراد تعجيل طلاق سوى تلك الطلقة وقعت بها طلقة فإذا جاء الزمن الذى علق الطلاق به وهى فى حباله وقع بها الطلاق المعلق .

( فصل ) إذا قال أنت طالق غدا إذا قدم زيد لم تطلق حتى يقدم لأن إذا اسم زمن مستقبل فعناه أنت طالق غداً وقت قدوم زيد وإن لم يقدم زيد فى غد لم تطلق وإن قدم بعده ، لأنه قيد طلاقها بقدوم مقيد بصفة فلا تطلق حتى توجد ، وإن ماتت غدوة وقدم زيد بعد موتها لم تطلق لأن الوقت الذى أوقع طلاقها فيه لم يأت وهى محل للطلاق فلم تطلق . كما لو ماتت قبل دخول ذلك اليوم ، وإن قال أنت طالق يوم يقدم زيد فقدم ليلا لم تطلق لأنه لم يوجد الشرط إلا أن يريد باليوم الوقت فتطلق وقت قدومه لأن الوقت يسمى يوما قال الله تعالى ( ومن يولهم يومئذ دبره ) وان ماتت المرأة غدوة وقدم زيد ظهراً ففيه وجهان :

أحدهما : تتبين أن طلاقها وقع من أول اليوم . لأنه لو قال أنت طالق يوم الجمعة طلقت من أوله . فكذا اذا قال أنت طالق يوم يقدم زيد فينبغى أن تطلق بطلوع فجره .

والثانى : لايقع الطلاق لأن شرطه قدوم زيد . ولم يوجد الا بعد موت المرأه فلم يقع بخلاف يوم الجمعة . فإن شرط الطلاق بجيء يوم الجمعة وقد وجد ، وههنا شرطان فلا يؤخذ بأحدهما والأول أولى : وليس هذا شرطا انما هو بيان للوقت الذى يقع فيه الطلاق معرفا بفعل يقع فيه فيقع فى أوله كقوله أنت طالق اليوم الذى نصلى فيه الجمعة ، ولو قال أنت طالق فى اليوم الذى يقدم فيه زيد فكذلك ، ولو مات الرجل غدوة ثم قدم زيد أو مات الزوجان قبل قدوم زيد كان الحكم كما لو ماتت المرأة ، ولو قال أنت طالق فى شهر رمضان ان قدم زيد فقدم فيه خرج فيه وجهان .

أحدهما : لا تطلق حتى يقدم زيد لأن قدومه شرط فلا يتقدمه المشروط بدليل مالو قال أنت طالق ان قدم زيد فإنها لا تطلق قبل قدومه بالإتفاق وكما لو قال اذا قدم زيد .

والثانى : أنه إن قدم زيد تبينا وقوع الطلاق من أول الشهر قياساً على المسألة التى قبل هذه .

( فصل ) إذا قال أنت طالق اليوم وطالق غدا طلقت واحدة لأن من طلقت اليوم فهى طالق غداً ، وإن قال أردت أن تطلق اليوم وتطلق غداً طلقت طلقتين فى اليومين ، وإن قال أردت أنها تطلق فى أحد اليومين طلقت اليوم ولم تطلق غداً لأنه جعل الزمان كله ظرفا لوقوع الطلاق فوقع فى أوله ، وإن قال أردت نصف طلقة اليوم ونصف طلقة غدا طلقت اليوم واحدة وأخرى غداً . لأن النصف يكمل فيصير طلقة تامة ، وإن قال أردت نصف طلقة اليوم وباقيها غداً احتمل ذلك أيضاً . واحتمل أن لا تطلق إلا واحدة لأنه إذا قال نصفها كملت اليوم كلها فلم يبق لها بقية تقع غداً ولم يقع شيء غيرها لأنه ما أوقعه ، وذكر القاضى هذا الاحتمال أيضاً فى المسألة الأولى أيضاً وهو مذهب الشافعى. ذكر أصحابه فيها الوجهين

( فصل ) إذا قال أنت طالق اليوم إذا جاء غد فاختار القاضى أن الطلاق يقع فى الحال لأنه علقه بشرط محال فلغا الشرط ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لطلاقها ولا بدعة أنت طالق للسنة ، وقال فى المجرد لا يقع لأن شرطه لم يتحقق لأن مقتضاه وقوع الطلاق إذا جاء غد فى اليوم ولا يأتى غد إلا بعد فوات اليوم وذهاب محل الطلاق وهو قول أصحاب الشافعى .

( فصل ) إذا قال أنت طالق أمس ولا نية له فظاهر كلام أحمد أن الطلاق لا يقع فروى عنه فيمن قال لزوجته أنت طالق أمس وإنما تزوجها اليوم ، ليس بشيء وهذا قول أبى بكر ، قال القاضى فى بعض كتبه يقع الطلاق ، وهو مذهب الشافعى لأنه وصف الطلقة بما لا تتصف به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لها ولا بدعة أنت طالق للسنة أو قال أنت طالق طلقة لا تلزمك، ووجه الأول أن الطلاق رفع الإستباحة ولا يمكن رفعها فى الزمن الماضى فلم يقع كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد بيومين فقدم اليوم فإن أصحابنا لم يختلفوا فى أن الطلاق لا يقع وهو قول أكثر أصحاب الشافعى . وهذا طلاق فى زمن ماض . ولأنه علق الطلاق بمستحيل فلغا كما لو قال أنت طالق إن قلبت الحجر ذهباً ، وإن قال أنت طالق قبل أن اتزوجك فالحكم فيه كما لو قال أنت طالق أمس ، قال القاضى ورأيت

بخط أبي بكر فى جزء مفرد أنه قال إذا قال أنت طالق قبل أن أتزوجك طلقت ولو قال أنت طالق أمس لم يقع لأن أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه وقبل تزويجها متصور الوجود . فإنه يمكن أن يتزوجها ثانياً . وهذا الوقت قبله فوقع فى الحال كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد ، وإن قصد بقوله أنت طالق أمس أو قبل أن أتزوجك إيقاع الطلاق فى الحال مستنداً إلى ذلك الزمان وقع فى الحال ، وإن أراد الإخبار أنه كان قد طلقها هو أو زوج قبله فى ذلك الزمان الذى ذكره وكان قد وجد ذلك قبل منه وإن لم يكن وجد وقع طلاقه ، ذكره أبو الخطاب . وقال القاضى : يقبل على ظاهر كلام أحمد لأنه فسره بما يحتمله ولم يشترط الوجود، وإن أراد أنى كنت طلقتك أمس فكذبته لزمته الطلقة . وعليها العدة من يومها لأنها اعترفت أن أمس لم يكن من عدتها ، وإن مات ولم يبين مراده فعلى وجهين بناء على اختلاف القولين فى المطلق إن قلنا لا يقع به شىء لم يلزمه ههنا شىء . وإن قلنا بوقوعه ثم وقع ههنا :

(فصل) وان قال لزوجته أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم بعد شهر وجزء يقع الطلاق فيه تبينا أن طلاقه وقع قبل الشهر لأنه إيقاع للطلاق بعد عقده وبهذا قال الشافعى وزفر وقال أبو حنيفه وصاحباه يقع الطلاق عند قدوم زيد لأنه جعل الشهر شرطا لوقوع الطلاق فلا يسبق الطلاق شرطه .

ولنا : أنه أوقع الطلاق فى زمن على صفة فإذا حصلت الصفة وقع فيه كما لو قال أنت طالق قبل رمضان بشهر أو قبل موتك بشهر فإن أبا حنيفة خاصة يسلم ذلك ولا يسلم أنه جعل الشهر شرطا وليس فيه حرف شرط ، وإن قدم قبل مضى شهر لم يقع بغير اختلاف بين أصحابنا ، وهو قول أكثر أصحاب الشافعى لأنه تعليق للطلاق على صفة كان وجودها ممكنا فوجب اعتبارها . وإن قدم زيد مع مضى الشهر لم تطلق لأنه لابد من جزء يقع الطلاق فيه ، فإن خالعها بعد تعليق طلاقها بيوم ثم قدم زيد بعد الخلع بشهر وساعة تبيناً أن الخلع وقع صحيحاً ولم يقع الطلاق لأنه صادفها بائنا وإن قدم بعد عقد الصفة بشهر وساعة وقع الطلاق وبطل الخلع ولها الرجوع بالعوض إلا أن يكون الطلاق رجعيا ، لأن الرجعية يصح خلعها ، وان كانت بحالها فمات أحدهما بعد عقد الصفة بيوم ثم قدم زيد بعد شهر وساعة

من حين عقد الصفة لم يرث أحدهما الآخر لأنا تبينا أن الطلاق كان قد وقع قبل موت الميت منهما فلم يرثه صاحبه إلا أن يكون الطلاق رجعيا فإنه لا يقطع التوارث ما دامت فى العدة فإن قدم بعد الموت بشهر وساعة تبينا أن الفرقة وقعت بالموت ولم يقع طلاق ، فإن قال أنت طالق قبل موتى بشهر فمات أحدهما قبل مضى شهر لم يقع طلاق لأن الطلاق لا يقع فى الماضى وإن مات بعد عقد اليمين بشهر وساعة تبينا وقوع الطلاق فى تلك الساعة ولم يتوارثا إلا أن يكون الطلاق رجعيا ويموت فى عدتها وإن قال أنت طالق قبل موتى ولم يزد شيئا طلقت فى الحال لأن ما قبل موته من حين عقد الصفة محل للطلاق فوقع فى أوله وإن قال قبل موتك أو موت زيد فكذلك ، وإن قال أنت طالق قبل قدوم زيد أو قبل دخولك الدار ، فقال القاضى تطلق فى الحال سواء قدم زيد أو لم يقدم بدليل قول الله تعالى ( يا أيها الذين أوتوا الكتاب آمنوا بما نزلنا مصدقا لما معكم من قبل أن نطمس وجوها فنردها على أدبارها ) ولم يوجد الطمس فى المأمورين ، ولو قال لغلامه اسقنى قبل أن أضربك فسقاه فى الحال عد ممتثلا وإن لم يضربه ، ولو قال أنت طالق قبيل موتى أو قبيل قدوم زيد لم يقع فى الحال وإنما يقع ذلك فى الجزء الذى يلى الموت لأن ذلك تصغير يقتضى الجزء اليسير الذى يبقى ، وإن قال أنت طالق قبل موت زيد وعمرو بشهر ، فقال القاضى تتعلق الصفة بأولهما موتا لأن اعتباره بالثانى يفضى إلى وقوعه بعد موت الأول واعتباره بالأول لا يفضى إلى ذلك فكان أولى .

« مسألة » قال ( وإذا قال لها إذا طلقتك فأنت طالق فإذا طلقها لزمه اثنتان إذا كانت مدخولا بها وإن كانت غير مدخول بها لزمته واحدة ) .

وجملة ذلك أنه إذا قال لمدخول بها إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال أنت طالق وقعت واحدة بالمباشرة وأخرى بالصفة لأنه جعل تطليقها شرطا لوقوع طلاقها فإذا وجد الشرط وقع الطلاق ، وإن كانت غير مدخول بها بانت بالأولى ولم تقع الثانية لأنها لا عدة عليها ولا تمكن رجعتها فلا يقع طلاقها إلا بائنا فلا يقع الطلاق ببائن .

( فصل ) فإن قال عنيت بقولى هذا أنك تكونين طالقاً بما أوقعته عليك ولم

أرد إيقاع طلاق سوى ما باشرتك به دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على وجهين . أحدهما : لا يقبل وهو مذهب الشافعى لأنه خلاف الظاهر إذ الظاهر أن هذا تعليق للطلاق بشرط الطلاق ولأن اخباره إياها بوقوع طلاقه بها لا فائدة فيه . والوجه الثانى: يقبل قوله لأنه يحتمل ما قاله فقبل كما لو قال لهـا أنت طاق أنت طالق وقال أردت بالثانى التأكيد أو إفهامها :

(فصل) فإن قال إذا طلقتك فأنت طالق ثم علق طلاقها بشرط مثل قوله إن خرجت فأنت طالق فخرجت طلقت بخروجها ثم طلقت بالصفة أخرى لأنه قد طلقها بعد عقد الصفة ولو قال أولا إن خرجت فأنت طالق ثم قال إن طلقتك فأنت طالق فخرجت طلقت بالخروج ولم تطلق بتعليق الطلاق بطلاقها لأنه لم يطلقها بعد ذلك ولم يحدث عليها طلاقا لأن إيقاعه الطلاق بالخروج كان قبل تعليقه الطلاق بتطليقها فلم توجد الصفة فلم يقع وإن قال إن خرجت فأنت طالق ثم قال إن وقع عليك طلاق فأنت طالق فخرجت طلقت بالخروج ثم تطلق الثانية بوقوع الطلاق عليها إن كانت مدخولا بهـا .

(فصل) وإن قال لهـا كلما طلقتك فأنت طالق فهذا حرف يقتضى التكرار فإذا قال لهـا بعد ذلك أنت طالق وقع بهـا طلقتان إحداهما بالمباشرة والأخرى بالصفة ولا تقع ثالثة لأن الثانية لم تقع بإيقاعه بعد عقد الصفة لأن قوله كلما طلقتك يقتضى كلما أوقعت عليك الطلاق وهذا يقتضى تجديد إيقاع طلاق بعد هذا القول وإنمـا وقعت الثانية بهذا القول ، وإن قال لهـا بعد عقد الصفة إن خرجت فأنت طالق فخرجت طلقت بالخروج طلقة وبالصفة أخرى لأنه قد طلقها ولم تقع الثالثة وإن قال لهـا : كلما أوقعت عليك طلاقا فأنت طالق فهو بمنزلة قوله كلما طلقتك فأنت طالق ، وذكر القاضى فى هذه أنه إذا وقع عليها طلاقه بصفة عقدها بعد قوله إذا أوقعت عليك طلاقا فأنت طالق لم تطلق لأن ذلك ليس بإيقاع منه . وهذا قول بعض أصحاب الشافعى وفيه نظر فإنه قد أوقع الطلاق عليها بشرط فإذا وجد الشرط فهو الموقع للطلاق عليها فلا فرق بين هـذا وبين قوله إذا طلقتك فأنت طالق وإن قال كلما وقع عليك طلاقى فأنت طالق ثم وقعت عليها طلقة بالمبـاشرة أو بصفة عقدها قبل ذلك أو بعده طلقت ثلاثا ، فلو قال لهـا إن خرجت فأنت

طالق ثم قال كلما وقع عليك طلاقى فأنت طالق ثم خرجت وقعت عليها طلقة بالخروج ثم وقعت الثانية بوقوع الأولى ثم وقعت الثالثة بوقوع الثانية لأن كلما تقتضى التكرار وقد عقد الصفة بوقوع الطلاق فكلما وقع يقتضى وقوع أخرى ولو قال لها إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال إذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق ثم قال أنت طالق طلقت ثلاثا واحدة بالمباشرة واثنتين بالصفتين لأن تطليقه لها يشتمل على الصفتين هو تطليق منه وهو وقوع طلاقه ، ولأنه إذا قال أنت طالق طلقت بالمباشرة واحدة فتطلق الثانية بكونها طلقها وذلك طلاق منه واقع عليها فتطلق به الثالثة وهذا كله فى المدخول بها ، فأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا واحدة فى جميع هذا . وهذا كله مذهب الشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه مخالفا .

( فصل ) فإن قال كلما طلقتك طلاقا أملك فيه رجعتك فأنت طالق ثم قال أنت طالق طلقت اثنتين . إحداهما : بالمباشرة . والأخرى : بالصفة إلا أن تكون الطلقة بعوض أو فى غير مدخول بها فلا تقع بها ثانية لأنها تبين بالطلقة التى باشرها بها فلا يملك رجعتها فإن طلقها اثنتين طلقت الثالثة ، وقال أبو بكر قيل تطلق وقيل لا تطلق واختيارى أنها تطلق ، وقال أصحاب الشافعى لا تطلق الثالثة لأنا لو أوقعناها لم يملك الرجعة ولم يوجد شرط طلاقها فيفضى ذلك إلى الدور فيقطعه بمنع وقوعه .

ولنا : أنه طلاق لم يكمل به العدد بغير عوض فى مدخول بها فيقع بها التى بعدها كالأولى فامتناع الرجعة ههنا لعجزه عنها لا لعدم الملك كما لو طلقها واحدة وأغمى عليه عقيبها فإن الثانية تقع ، وإن امتنعت الرجعة لعجزه عنها ، وإن كان الطلاق بعوض أو فى غير مدخول بها لم يقع بها إلا الطلقة التى باشرها بها لأنه لا يملك رجعتها ، وإن قال كلما وقع عليك طلاق أملك فيه رجعتك فأنت طالق ثم وقع عليها طلقة بمباشرة أو صفة طلقت ثلاثا وعندهم لا تطلق لما ذكرناه فى التى قبلها ولو قال لامرأته إذا طلقتك طلاقا أملك فيه الرجعة فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها طلقت ثلاثا ، وقال المزنى لا تطلق وهو قياس قول أصحاب الشافعى لما تقدم .

( فصل ) وإن قال لزوجته إذا طلقتك أو إذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق قبله ثلاثا فلا نص فيها ، وقال القاضى تطلق ثلاثا واحدة بالمباشرة واثنتان من

المعلق وهو قياس قول الشافعي وقول بعض أصحابه ، وقال ابن عقيل تطلق واحدة بالمباشرة ويلغو المعلق لأنه طلاق فى زمن ماض فلا يتصور وقوع الطلاق فيه وهو قياس نص أحمد وأبى بكر فى أن الطلاق لايقع فى زمن ماض وبه قال أبو العباس بن القاضى من أصحاب الشافعى ، وقال أبو العباس بن سريج وبعض الشافعية لا تطلق أبداً لأن وقوع الواحدة يقتضى وقوع ثلاث قبلها وذلك يمنع وقوعها فإثباتها يؤدى إلى نفيها فلا تثبت ، ولأن إيقاعها يفضى إلى الدور لأنها إذا وقعت وقع قبلها ثلاث فيمتنع وقوعها وما أفضى إلى الدور وجب قطعه من أصله .

ولنا : أنه طلاق من مكلف مختار فى محل لنكاح صحيح فيجب أن يقع كما لو لم يعقد هذه الصفة ولأن عمومات النصوص تقتضى عموم وقوع الطلاق مثل قوله سبحانه ( فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ) وقوله سبحانه ( والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ) وكذلك سائر النصوص ، ولأن الله تعالى شرع الطلاق لمصلحة تتعلق به ، وما ذكروه يمنعه بالكلية ويبطل شرعيته فتفوت مصلحته فلا يجوز ذلك بمجرد الرأى والتحكم وما ذكروه غير مسلم فإنا إن قلنا لا يقع الطلاق المعلق فله وجه لأنه أوقعه فى زمن ماض ولا يمكن وقوعه فى الماضى فلم يقع كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بيوم فقدم فى اليوم ولأنه جعل الطلقة الواقعة شرطا لوقوع الثلاث ، ولا يوجد المشروط قبل شرطه فعلى هذا لا يمتنع وقوع الطلقة المباشرة ولا يفضى إلى دور ولا غيره ، وإن قلنا بوقوع الثلاث فوجهه أنه وصف الطلاق المعلق بما يستحيل وصفه به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال أنت طالق طلقة لا تنقص عدد طلاقك أو لا تلزمك أو قال للآيسة أنت طالق للسنة أو قال للبدعة وبيان استحالته أن تعليقه بالشرط يقتضى وقوعه بعده لأن الشرط يتقدم مشروطه ولذلك لو أطلق لوقع بعده وتعقيبه بالفاء فى قوله فأنت طالق يقتضى كونه عقيبه وكون الطلاق المعلق بعده قبله محال فلا يصح الوصف به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال إذا طلقتك فأنت طالق ثلاثا لا تلزمك ، ثم يبطل ما ذكروه بقوله إذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثا ثم وجد ما يفسخ نكاحها من رضاع أو ردة أو وطء أمها أو ابنتها بشبهة فإنه يرد عليه ماذكروه ولا خلاف فى انفساخ النكاح . وقال القاضى ماذكروه ذريعة إلى أن

لايقع عليها الطلاق جملة ، وإن قال أنت طالق ثلاثا قبيل وقوع طلاقى بك واحدة أو قال أنت طالق اليوم ثلاثا إن طلقتك غداً واحدة فالكلام عليها من وجه آخر وهو وارد على المسألتين جميعا وذلك أن الطلقة الموقعة يقتضى وقوعها وقوع مالا يتصور وقوعها معه فيجب أن يقضى بوقوع الطلقة الموقعة دون ما تعلق بها لأن ما تعلق بها تابع ولايجوز إبطال المتبوع لامتناع حصول التبع فيبطل التابع وحده كما لو قال فى مرضه إذا أعتقت سالما فغانم حر ولم يخرج من ثلثه إلا أحدهما فإن سالما يعتق وحده ولا يقرع بينهما لأن ذلك ربما أدى إلى عتق المشروط دون الشرط وذلك غير جائز ولا فرق بين أن يقول فغانم حر قبله أو معه أو بعده أو تطلق كذا ههنا .

( فصل ) اختلف أصحابنا فى الحلف بالطلاق فقال القاضى فى الجامع وأبو الخطاب هو تعليقه على شرط أى شرط كان إلا قوله إذا شئت فأنت طالق ونحوه فإنه تمليك وإذا حضت فأنت طالق فإنه طلاق بدعة ، وإذا طهرت فأنت طالق فإنه طلاق سنه وهذا قول أبى حنيفة لأن ذلك يسمى حلفا عرفا فيتعلق الحكم به كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ولأن فى الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب فأشبه قوله والله وبالله وتالله ، وقال القاضى فى المجرد هو تعليقه على شرط يقصد به الحث على الفعل أو المنع منه كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق ، وإن لم تدخلى فأنت طالق أو على تصديق خبره مثل قوله أنت طالق لقد قدم زيد أو لم يقدم فأما التعلق على غير ذلك كقوله أنت طالق إن طلعت الشمس أو قدم الحاج أو إن لم يقدم السلطان فهو شرط محض ليس بحلف لأن حقيقة الحلف القسم وإنما سمى تعليق الطلاق على شرط حلفا تجوزا لمشاركته الحلف فى المعنى المشهور وهو الحث أو المنع أو تأكيد الخبر نحو قوله والله لأفعلن أو لا أفعل أو لقد فعلت أولم أفعل وما لم يوجد فيه هذا المعنى لايصح تسميته حلفا وهذا مذهب الشافعى . فإذا قال لزوجته إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال إذا طلعت الشمس فأنت طالق لم تطلق فى الحال على القول الثانى لأنه ليس بحلف ، وتطلق على الأول لأنه حلف ، وإن قال كلما كلمت أباك فأنت طالق طلقت على القولين جميعا لأنه علق طلاقها على شرط يمكن فعله وتركه فكان حلفا كما لو قال إن

دخلت الدار فأنت طالق وإن قال إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم أعاد ذلك طلقت واحدة كلما أعاده مرة طلقت حتى تكمل الثلاث لأن كل مرة يوجد بها شرط الطلاق وينعقد شرط طلقة أخرى ، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى ، وقال أبو ثور ليس ذلك بحلف ولا يقع الطلاق بتكراره لأنه تكرار للكلام فيكون تأكيداً لا حلفا .

ولنا : أنه تعليق للطلاق على شرط يمكن فعله وتركه فكان حلفا كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق وقوله إنه تكرار للكلام ، حجة عليه فإن تكرار الشيء عبارة عن وجوده مرة أخرى فإذا كان فى الأول حلفا فوجد مرة أخرى فقد وجد الحلف مرة أخرى ، وأما التأكيد فإنما يحمل عليه الكلام المكرر إذا قصده وههنا إن قصد إفهامها لم يقع بالثانى شيء كما لو قال أنت طالق أنت طالق ، يعنى بالثانية إفهامها فأما إن كرر ذلك لغير مدخول بها بانت بطلقة ولم يقع أكثر منها فإذا قال لها ذلك ثلاثا بانت بالمرة الثالثه ولم تطلق بالثانية فإن جدد نكاحها ثم أعاد ذلك لها أو قال لها إن تكلمت فأنت طالق أو نحو ذلك لم تطلق بذلك لأن شرط طلاقها إنما كان بعد بينونتها .

( فصل ) وإن قال لامرأتيه كلما حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان ثم أعاد ذلك ثلاثا طلقت كل واحدة منهما ثلاثا لما ذكرنا ، فإن كانت إحداهما غير مدخول بها بانت بالمرة الثانية فإذا أعاده مرة ثالثة لم تطلق واحدة منهما لأن غير المدخول بها بائن فلم تكن إعادة هذا القول حلفا بطلاقها وهى غير زوجته فلم يوجد الشرط فإن شرط طلاقهما الحلف بطلاقهما جميعا فإن جدد النكاح البائن ثم قال لها إن تكلمت فأنت طالق فقد قيل يطلقان حينئذ لأنه صار بهذا حالفاً بطلاقها وقد حلف بطلاق المدخول بها بإعادة قوله فى المرة الثالثة فطلقتا حينئذ ويقوى عندى أنه لا يقع الطلاق بهذه التى جدد نكاحها لأنها حين إعادته المرة الثالثة بائن فلم تنعقد الصفة بالإضافة إليها كما لو قال لأجنبية إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم تزوجها وحلف بطلاقها ولكن تطلق المدخول بها حينئذ لأنه قد حلف بطلاقها فى المرة الثالثة وحلف بطلاق هذه حينئذ فكمل شرط طلاقها فطلقت وحدها .

( فصل ) فإن كانت له امرأتان حفصة وعمرة فقال إن حلفت بطلاقكما فعمرة

طالق ثم أعاده لم تطلق واحدة منهما لأن هذا حلف بطلاق عمرة وحدها فلم يوجد الحلف بطلاقهما وإن قال بعد ذلك إن حلفت بطلاقكما لحفصة طالق طلقت عمرة لأنه حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقها على الحلف بطلاقهما ولم تطلق حفصة لأنه ما حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقها عليه ، فإن قال بعد هذا إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق لم تطلق واحدة منهما لأنه لم يحلف بطلاقهما إنما حلف بطلاق عمرة وحدها فإن قال بعد هذا إن حلفت بطلاقكما لحفصة طالق طلقت حفصة ، وعلى هذا القياس .

( فصل ) وإن قال لاحداهما إن حلفت بطلاقك فضرتك طالق ثم قال للأخرى مثل ذلك طلقت الثانية لأن إعادته للثانية هو حلف بطلاق الأولى وذلك شرط وقوع طلاق الثانية ثم إن أعاد للأولى طلقت ثم كلما أعاده على هذا الوجه لامرأة طلقت حتى يكمل للثانية ثلاث ثم إذا أعاده للأولى لم تطلق لأن الثانية قد بانت منه فلم يكن ذلك حلفا بطلاقها ، ولو قال هذا القول لامرأة ثم أعاده لها لم تطلق به واحدة منهما لأن ذلك ليس بحلف بطلاقها إنما هو حلف بطلاق ضرتها ولم يعلق على ذلك طلاقا ، وإن قال للأولى إن حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق ثم قال للأخرى مثل ذلك طلقت الأولى لأن قوله للثانية حلف بطلاقها وشرط لوقوع الطلاق بالأولى ثم إن أعاده للأولى طلقت الثانية ثم كلما أعاده لامرأة منهما على هذا الوجه طلقت الأخرى ، فإن كانت إحداهما غير مدخول بها فطلقت مرة بانت ولم تطلق صاحبتها باعادة ذلك لها لأنه ليس بحلف بطلاقها لكونها بائنا فهي كسائر الأجنبيات ، وإن قال لاحداهما إذا حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق ثم قال للأخرى مثل ذلك لم تطلق واحدة منهما . ثم إن أعاد ذلك لاحداهما طلقت الأخرى ثم إن أعاده للأخرى طلقت صاحبتها ثم كلما أعاده لامرأة طلقت الأخرى إلا أن تكون إحداهما غير مدخول بها أو لم يبق من طلاقها إلا دون الثلاث فإنها إذا بانت صارت كالأجنبية ، ولو قال ذلك لامرأة ابتداء ثم أعاده لها طلقت ضرتها بكل اعادة مرة حتى تكمل الثلاث ، وإن قال لامرأة إذا حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق ثم قال للأخرى إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق طلقت في الحال ثم إن قال للأولى مثل ما قال لها أو قال للثانية مثل ما قال لها

طلقت الثانية وكذلك الثالثة ولا يقع بالأولى بهذا طلاق لأن الحلف فى الموضعين إنما هو بطلاق الثانية .

ولو قال للأولى إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال للثانية إن حلفت بطلاق ضرتك فهى طالق طلقت الأولى ثم متى أعاد أحد هذين الشرطين مرة أخرى طلقت الأولى مرة ثانية وكذلك الثالثة ولا يقع بالثانية بهذا طلاق ، ولو قال لاحداهما إذا حلفت بطلاقك فضرتك طالق ثم قال للأخرى إذا حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق لم تطلق واحدة منهما لأنه فى الموضعين علق طلاق الثانية على الحلف بطلاق الأولى ولم يحلف بطلاقها ، ولو أعاد ذلك لها لم يقع طلاق بواحدة منهما وسواء تقدم القول للثانية على القول للأولى أو تأخر عنه .

( فصل ) وإن كان له ثلاث نسوة فقـــال إن حلفت بطلاق زينب فعمرة طالق ثم قال إن حلفت بطلاق عمرة فحفصة طالق ثم قال إن حلفت بطلاق حفصة فزينب طالق طلقت عمرة . وإن جعل مكان زينب عمرة طلقت حفصة ثم متى أعاده بعد ذلك طلقت منهن واحدة على الوجه الذى ذكرناه وإن قال إن حلفت بطلاق زينب فنسائى طوالق ثم قال إن حلفت بطلاق عمرة فنسائى طوالق ثم قال إن حلفت بطلاق حفصة فنسائى طوالق طلقت كل واحدة منهن طلقتين لأنه لما قال إن حلفت بطلاق عمرة فنسائى طوالق فقد حلف بطلاق زينب بعد تعليقه طلاق نسائه على الحلف بطلاقها فطلقت كل واحدة منهن طلقة ، ولما قال إن حلفت بطلاق حفصة فنسائى طوالق فقد حلف بطلاق عمرة وزينب فطلقت كل واحدة منهن طلقة بحلفه بطلاق عمرة ولم يقع بحلفه بطلاق زينب شىء لأنه قد حنث به مره فلا يحنث ثانية ، ولو كان مكان قوله « إن » « كلما » طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً لأن كلما تقتضى التكرار .

ولو قال كلما حلفت بطلاق واحدة منكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك مرة ثانية طلقن ثلاثا ثلاثا لأنه باعادته حالف بطلاق كل واحدة منهن وحلفه بطلاق كل واحدة شرط لطلاقهن جميعــا ، وإن قال إن حلفت بطلاق واحدة منكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك طلقت كل واحدة منهن طلقة لأن إن لا تقتضى التكرار ، وإن قال بعد ذلك لاحداهن إن قمت فأنت طالق طلقت كل واحدة منهن طلقة

أخرى ، ولو قال كلما حلفت بطلاقكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك طلقت كل واحدة طلقة ، وإن قال بعد ذلك لأحداهن إن قمت فأنت طالق لم تطلق واحدة منهن وإن قال ذلك للاثنتين الباقيتين طلق الجميع طلقة طلقة .

( فصل ) وإن قال لزوجته إن حلفت بعتق عبدى فأنت طالق ثم قال إن حلفت بطلاقك فعبدى حر طلقت ثم إن قال لعبده إن حلفت بعتقك فامرأتى طالق عتق العبد وإن قال له إن حلفت بطلاق امرأتى فأنت حر ثم قال لها إن حلفت بعتق عبدى فأنت طالق عتق العبد ولو قال لعبده إن حلفت بعتقك فأنت حر ثم أعاد ذلك عتق العبد .

( فصل ) وقد استعمل الطلاق والعتاق استعمال القسم جوابا له فإذا قال أنت طالق لأقومن وقام لم تطلق زوجته فإن لم يقم فى الوقت الذى عينه حنث ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب والحسن وعطاء والزهرى وسعيد بن جبير والشعبى والثورى وأصحاب الرأى وقال شريح يقع طلاقه وإن قام لأنه طلق طلاقا غير معلق بشرط فوقع كما لو لم يقم ،

ولنا : انه حلف بر فيه فلم يحنث كما لو حلف بالله تعالى وإن قال أنت طالق إن أخاك لعاقل وكان أخوها عاقلا لم يحنث وإن لم يكن عاقلا حنث كما لو قال والله إن أخاك لعاقل وإن شك فى عقله لم يقع الطلاق لأن الأصل بقاء النكاح فلا يزول بالشك ، وإن قال أنت طالق لا أكلت هذا الرغيف فأكله حنث وإلا فلا وإن قال أنت طالق ما أكلته وكان صادقا لم يحنث وإن كان كاذبا حنث كما لو قال والله ما أكلته وإن قال أنت طالق لولا أبوك لطلقتك وكان صادقا لم تطلق وإن كان كاذبا طلقت ولو قال إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال أنت طالق لأكرمنك طلقت فى الحال ، ولو قال إن حلفت بعتق عبدى فأنت طالق ثم قال عبدى حر لأقومن طلقت المرأة وإن قال إن حلفت بطلاق امرأتى فعبدى حر ثم قال أنت طالق لقد صمت أمس عتق العبد .

( فصل ) وإن قال إن طلقت حفصة فعمرة طالق ثم قال إن طلقت عمرة فحفصة طالق ثم طلق حفصة طلقتا معا حفصة بالمباشرة وعمرة بالصفة ولم تزد كل واحدة منهما على طلقة وإن بدا بطلاق عمرة طلقت طلقتين وطلقت حفصة طلقة واحدة

لأنه إذا طلق حفصة طلقت عمرة بالصفة لكونه علق طلاقها على طلاق حفصة ولم يعد على حفصة طلاق آخر لأنه ما أحدث فى عمرة طلاقا إنما طلقت بالصفة السابقه على تعليقه طلاقها ، وإن بدأ بطلاق عمرة طلقت حفصة لكون طلاقها معلقا على طلاق عمرة ووقوع الطلاق بها تطليق منه لها لأنه أحدث فيها طلاقا بتعليقه طلاقها على تطليق عمرة بعد قوله إن طلقت حفصة فعمرة طالق ومتى وجد التعليق والوقوع معا فهو تطليق ، فإن وجدا معا بعد تعليق الطلاق بطلاقها وقع الطلاق المعلق بطلاقها وطلاق عمرة ههنا معلق بطلاقها فوجب القول بوقوعه ولو قال لعمرة كلما طلقت حفصة فأنت طالق ثم قال لحفصة كلما طلقت عمرة فأنت طالق ثم قال لعمرة أنت طالق طلقت طلقتين وطلقت حفصة طلقة واحدة ، وإن طلق حفصة ابتداء لم يقع بكل واحدة منهما إلا طلقة لأن هذه المسألة كالتى قبلها سواء فإنه بدأ بتعليق طلاق عمره على تطليق حفصة ثم ثنى بتعليق طلاق حفصة على تطليق عمرة ، ولو قال لعمرة إن طلقتك فحفصة طالق ثم قال لحفصة إن طلقتك فعمرة طالق ثم طلق حفصه طلقت طلقتين وطلقت عمرة طلقة وإن طلق عمرة طلقت كل واحدة منهما طلقة لأنها عكس التى قبلها ، ذكر هاتين المسألتين القاضى فى المجرد ، ولو قال لإحدى زوجتيه كلما طلقت ضرتك فأنت طالق ثم قال للأخرى مثل ذلك ثم طلق الأولى طلقت طلقتين وطلقت الثانية طلقة ، وإن طلق الثانية طلقت(١) طلقتين وطلقت الأولى طلقة ، وإن قال كلما طلقتك فضرتك طالق ، ثم قال للأخرى مثل ذلك ثم طلق الأولى طلقت كل واحدة منهما طلقة طلقة وإن طلق الثانية طلقت طلقتين وطلقت الأولى طلقة ، وتعليل ذلك على ما ذكرنا فى المسألة الأولى .

( فصل ) وإن كان له ثلاث نسوة ، فقال إن طلقت زينب فعمرة طالق وإن طلقت عمرة فحفصة طالق وإن طلقت حفصة فزينب طالق ثم طلق زينب طلقت عمرة ولم تطلق حفصة لأنه ما أحدث فى عمرة طلاقا بعد تعليق طلاق حفصة بتطليقها وإنما طلقت بالصفة السابقة على ذلك فيكون وقوعا للطلاق وليس بتطليق وإن طلق عمره طلقت حفصة ولم تطلق زينب لذلك وإن طلق

(١) فى نسخة طلقت كل واحدة منهما طلقة .

حفصة طلقت زينب ثم طلقت عمرة فيقع الطلاق بالثلاث لأنه أحدث فى زينب طلاقاً بعد تعليقه طلاق عمرة بطلاقها فإنه علق طلاقها بعد ذلك على تطليق حفصة ثم طلق حفصة والتعليق مع تحقق شرطه تطليق وقد وجد التعليق وشرطه معا بعد تعليقه طلاق عمرة بتطليقها فكان وقوع الطلاق بزينب تطليقاً فطلقت به عمرة بخلاف غيرها . وإن قال لزينب إن طلقت عمرة فأنت طالق ثم قال لعمرة إن طلقت حفصة فأنت طالق ثم قال لحفصة إن طلقت زينب فأنت طالق . ثم طلق زينب طلقت الثلاث زينب بالمباشرة وحفصة بالصـــفة ووقوع الطلاق بحفصة تطليق لها وتطليقها شرط طلاق عمرة فتطلق به أيضاً . والدليل على أنه تطليق لحفصة أنه أحدث فيها طلاقاً بتعليقه طلاقها على تطليق زينب بعد تعليق طلاق عمرة بتطليقها وتحقق شرطه والتعليق مع شرطه تطليق وقد وجدا معا بعد جعل تطليقها صفة لطلاق عمرة ، وإن طلق عمرة طلقت هى وزينب ولم تطلق حفصة وإن طلق حفصة طلقت هى وعمرة ولم تطلق زينب لما ذكرنا فى المسألة التى قبلها وإن قال لزينب إن طلقتك فضرتاك طالقتان ثم قال لعمرة مثل ذلك ثم قال لحفصة مثل ذلك ، ثم طلق زينب طلقت كل واحدة منهن طلقة واحدة لأنه لم يحدث فى غير زينب طلاقا إنما طلقتا بالصفة السابقة على تعليق الطلاق بتطليقهما وإن طلق عمرة طلقت زينب طلقة وطلقت عمرة وحفصة كل واحدة منهما طلقتين لأن عمرة طلقت واحدة بالمباشرة وطلقت زينب وحفصة بطلاقها واحدة واحدة وطلاق زينب تطليق لها لأنه وقع بها بصفة أحدثها بعد تعليق طلاقها بتطليقها فعاد على عمرة وحفصة بذلك طلقتان ولم يعد على زينب بطلاقهما طلاق لما تقدم . وإن طلق حفصة طلقت ثلاثاً لأنها طلقت واحدة بالمباشرة فطلقت بها ضرتاها ووقوع الطلاق بكل واحدة منهما تطليق لأنه بصفة أحدثها فيهما بعد تعليق طلاقها بطلاقهما فعاد عليها من طلاق كل واحدة منهما طلقة فكمل لها ثلاث وطلقت عمرة طلقتين واحدة بتطليق حفصة وأخرى بوقوع الطلاق على زينب لأنه تطليق لزينب لما ذكرناه . وطلقت زينب واحدة لأن طلاق ضرتيها بالصفة ليس بتطليق فى حقها ، وإن قال لكل واحدة منهن كلما طلقت إحدى ضرتيك فأنت طالق ثم طلق

الأولى طلقت ثلاثا وطلقت الثانية طلقتين والثالثة طلقة واحدة لأن تطليقه للأولى شرط لطلاق ضرتيها ووقوع الطلاق بهما تطليق بالنسبة إليهما لكونه واقعاً بصفة أحدثها بعد تعليق طلاقها بطلاقهما فعاد عليها من تطليق كل واحدة منهما طلقة فكمل لها الثلاث وعاد على الثانية من طلاق الثالثة طلقة ثانية لذلك ولم يعد على الثالثة من طلاقهما الواقع بالصفة شيء لأنه ليس بتطليق فى حقها ، وإن طلق الثانية طلقت أيضاً طلقتين وطلقت الأولى ثلاثا والثالثة طلقة وإن طلق الثالثة طلقت الأولى طلقتين وطلقت كل واحدة من الباقيتين طلقة طلقة .

( فصل ) ولو قال لامرأته إن طلقتك فعبدى حر ثم قال لعبده إن قمت فامرأتى طالق فقام طلقت المرأة وعتق العبد ، ولو قال لعبده إن قمت فامرأتى طالق ثم قال لامرأته إن طلقتك فعبدى حر فقام العبد طلقت المرأه ولم يعتق العبد لأن وقوع الطلاق بالصفة إنما يكون تطليقا مع وجود الصفة فى الصورة الأولى وجدت الصفة والوقوع بعد قوله إن طلقتك فعبدى حر ، وفى الصورة الأخرى لم يوجد بعد ذلك إلا الوقوع وحده فكانت الصفة سابقة فلذلك لم يعتق العبد ، ولو قال لعبده إن أعتقك فامرأتى طالق ثم قال لامرأته إن حلفت بطلاقك فعبدى حر ثم قال لعبده إن لم أضربك فامرأتى طالق عتق العبد وطلقت المرأة .

( فصل ) ومتى علق الطلاق على صفات فاجتمعن فى شيء واحد وقع بكل صفة ما علق عليها كما لو وجدت مفترقة وكذلك العتاق فلو قال لامرأته إن كلمت رجلا فأنت طالق وإن كلمت طويلا فأنت طالق وإن كلمت أسود فأنت طالق فكلمت رجلا أسود طويلا طلقت ثلاثا ، وإن قال إن ولدت بنتا فأنت طالق وإن ولدت سوداء فأنت طالق وإن ولدت ولداً فأنت طالق فولدت بنتاً سوداء طلقت ثلاثا ، وإن قال إن أكلت رمانة فأنت طالق ، وإن أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة طلقت اثنتين ، وإن قال كلما أكلت رمانة فأنت طالق وكلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة طلقت ثلاثا لأن كلما تقتضى التكرار وفى الرمانة نصفان فتطلق بأكلهما طلقتين وبأكل الرمانة طلقة فإن نوى بقوله نصف رمانة نصفاً مفرداً عن الرمانه المشروطة أو كانت مع الكلام قرينة تقتضى ذلك لم يحنث حتى تأكل مانوى تعليق الطلاق به لأن مبنى الأيمان على النية .

( فصل ) فإن قال إن دخل الدار رجل فعبد من عبيدى حر وان دخلها طويل فعبدان حران ، وان دخلها أسود فثلاثة أعبد أحرار وان دخلها فقيه فأربعة أعبد أحرار فدخلها فقيه طويل أسود عتق من عبيده عشرة ، وإن كان له أربع نسوة فقال ان طلقت امرأة منكن فعبد من عبيدى حر ، وان طلقت اثنتين فعبدان حران ، وان طلقت ثلاثة فثلاثة أحرار ، وان طلقت أربعاً فأربعة أحرار ثم طلق الأربع مجتمعات أو متفرقات عتق من عبيده عشرة بالواحدة واحد وبالإثنتين اثنان وبالثلاث ثلاثة وبالأربع أربعة لاجتماع هذه الصفات الأربع فيهن ولو علق ذلك بلفظة « كلما » فقد قيل يعتق عشرة أيضاً والصحيح أنه يعتق خمسة عشر عبدا لأن فيهن أربعة صفات هن أربع فيعتق أربعة وهن أربعة آحاد فيعتق بذلك أربعة وفيهن ثلاث فيعتق بهن ثلاثة وإن شئت قلت يعتق بالواحدة واحد وبالثانية ثلاثة لأن فيها صفتين هي واحدة وهي مع الأولى اثنتان ويعتق بالثالثة أربعة لأنها واحدة وهي مع الأولى والثانية ثلاث ، ويعتق بالرابعة سبعة لأن فيها ثلاث صفات هي واحدة وهي مع الثالثة اثنتان وهي مع الثلاث التى قبلها أربع وهذا أولى من الأول لأن قائله لا يعتبر صفة طلاق الواحدة فى غير الأولى ولا صفة التثنية فى الثالثة والرابعة ولفظ كلما يقتضى التكرار فيجب تكرار الطلاق بتكرر الصفات ، وقيل يعتق سبعة عشر لأن صفة التثنية قد وجدت ثلاث مرات فإنها توجد بضم الثانية إلى الثالثة ، وقيل يعتق عشرون وهو قول أبى حنيفة لأن صفة الثلاث وجدت مرة ثانيه بضم الثانية والثالثه إلى الرابعه وكلا القولين غير سديد لأنهم عدوا الثانيه مع الأولى فى صفة التثنيه مرة ثم عدوها مع الثالثه مره أخرى وعدوا الثانية والثالثه فى صفة التثليث مرتين مرة مع الأولى ومرة مع الرابعه وما عد فى صفة مرة لايجوز عده فى تلك الصفة مرة أخرى ولذلك لو قال كلما أكلت نصف رمانة فانت طالق فاكلت رمانة لم تطلق إلا اثنتين لأن الرمانة نصفان ولا يقال إنها تطلق ثالثه بان يضم الربع الثانى إلى الربع الثالث فيصيران نصفاً ثالثا وكذلك فى مسألتنا لم تضم الأولى إلى الرابعة فيصيران اثنتين ، وعلى سياق هذا القول ينبغى أن يعتق اثنان وثلاثون، واحد بطلاق واحدة وثلاثة بطلاق الثانية وثمانية بطلاق الثالثه لأنها واحدة وهى مع ما قبلها ثلاثة وهى مع ضمها إلى الأولى

اثنتان ومع ضمها إلى الثانية اثنتان ففيها صفة التثنية مرتان ويعتق بطلاق الرابعة عشرون لأن فيها تمانِ صفات هى واحدة وهى مع ماقبلها أربع وفيها صفة التثليث ثلاث مرات هى مع الأولى والثانية ثلاث ومع الثانية والثالثة ثلاث ومع الأولى والثالثة ثلاث فيعتق بذلك تسعة وفيها صفة التثنية ثلاث مرات هى مع الأولى اثنتان وهى مع الثانية اثنتان وهى مع الثالثة اثنتان فيعتق بذلك ستة ويصير الجميع اثنين وثلاثين وما نعلم بهذا قائلا وهذا مع الإطلاق .

فأما إن نوى بلفظه غير ما يقتضيه الإطلاق مثل أن ينوى بقوله اثنتين غير الواحدة فيمينه على ما نواه ، ومتى لم يعين العبيد المعتقين أخرجوا بالقرعة، ولو قال كلما أعتقت عبداً من عبيدى فامرأة من نسائى طالق وكلما أعتقت اثنين فامرأتان طالقتان ثم أعتق اثنين طلق الأربع على القول الصحيح ، وعلى القول الأول يطلق ثلاث ويخرجن بالقرعة ، ولو قال كلما أعتقت عبداً من عبيدى فجارية من جوارى حرة وكلما أعتقت اثنين فجاريتان حرتان وكلما أعتقت ثلاثة فثلاث أحرار وكلما أعتقت أربعة فأربع أحرار ، ثم أعتق أربعة عتق من جواريه بعدد ما طلق من النساء على ما ذكرنا ، وإن أعتق خمساً فعلى القول الأول يعتق من جواريه ههنا خمس عشرة وعلى القول الثانى يعتق إحدى وعشرون لأن عتق الخامس عتق به ست لكونه واحداً وهو مع ما قبله خمسة ولم يمكن عده فى سائر الصفات لأن ما قبله قد عد فى ذلك مرة فلا يعد ثانية .

« مسألة » قال ( وإذا قال إن لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً ولم يطلقها حتى مات أو ماتت وقع الطلاق بها فى آخر أوقات الإمكان ) .

وجملة ذلك : إن حرف « إن » موضوع للشرط لا يقتضى زمناً ولا يدل عليه إلا من حيث إن الفعل المعلق به من ضرورته الزمان وما حصل ضرورة لا يتقيد بزمن معين ولا يقتضى تعجيلا فما علق عليه كان على التراخى سواء فى ذلك الإثبات والنفى : فعلى هذا إذا قال إن لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً ولم يطلقها كان ذلك على التراخى ولم يحنث بتأخيره لأن كل وقت يمكن أن يفعل ما حلف عليه فلم يفت الوقت فإذا مات أحدهما علمنا حنثه حينئذ لأنه لا يمكن إيقاع الطلاق بها

بعد موت أحدهما فتبين أنه وقع إذ لم يبق من حياته ما يتسع لتطليقها . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ولا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً ، ولو قال إن لم أطلق عمرة لحفصه طالق فأى الثلاثة مات أولا وقع الطلاق قبل موته لأن تطليقه لحفصة على وجه تنحل به يمينه إنما يكون فى حياتهم جميعاً ، وكذلك لو قال إن لم أعتق عبدى أو إن لم أضربه فامرأتى طالق وقع بها الطلاق فى آخر جزء من حياة أولهم موتاً فأما إن عين وقتاً بلفظه أو بنيته تعين وتعلقت يمينه به .

قال أحمد رحمه الله : إذا قال إن لم أضرب فلاناً فأنت طالق ثلاثاً فهو على ما أراد من ذلك ، وذلك لأن الزمان المحلوف على ترك الفعل فيه تعين بنيته وإرادته فصار كالمصرح به فى لفظه فإن مبنى الأيمان على النية لقول النبى صلى الله عليه وسلم « إنما لامرىء ما نوى » .

( فصل ) ولا يمنع من وطء زوجته قبل فعل ما حلف عليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال سعيد بن المسيب والحسن والشعبى ويحيى الأنصارى وربيعة ومالك وأبو عبيد لا يطأ حتى يفعل لأن الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق وروى الأثرم عن أحمد مثل ذلك ، وقال الأنصارى وربيعة ومالك يضرب له أجل المولى كما لو حلف أن لا يطأها .

ولنا : أنه نكاح صحيح لم يقع فيه طلاق ولا غيره من أسباب التحريم فحل له الوطء فيه كما لو قال إن طلقتك فأنت طالق ، وقولهم الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق . قلنا : هذا الأصل لم يقتض وقوع الطلاق ، فلم يقتض حكمه ولو وقع الطلاق بعد وطئه لم يضر كما لو طلقها ناجزاً ، وعلى أن الطلاق ههنا إنما يقع فى زمن لا يمكن الوطء بعده بخلاف قوله إن وطئتك فأنت طالق .

( فصل ) إذا كان المعلق طلاقاً بائناً فماتت لم يرثها . لأن طلاقه أبانها منه فلم يرثها كما لو طلقها ناجزاً عند موتها ، وإن مات ورثته ، نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب إذا قال لزوجته : أنت طالق ثلاثاً إن لم أتزوج عليك ومات ولم يتزوج عليها ورثته وإن ماتت لم يرثها ، وذلك لأنها تطلق فى آخر حياته فأشبه طلاقه لها

فى تلك الحال ، ونحو هذا قال عطاء ويحيي الأنصارى ، ويتخرج لنا أنها لا ترثه أيضاً ، وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن والشعبي وأبي عبيد . لأنه إنما طلقها فى صحته ، وإنما تحقق شرط وقوعه فى المرض فلم ترثه كما لو علقه على فعلها ففعلته فى مرضه .

وقال أبو حنيفة : إن حلف إن لم تأت البصرة فأنت طالق فلم تفعل فإنهما لا يتوارثان . وإن قال : إن لم آت البصرة فأنت طالق فمات ورثته . وإن ماتت لم يرثها لأنه فى الأول علق الطلاق على فعلها . فإذا امتنعت منه فقد حققت شرط الطلاق فلم ترثه ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلتها ، وإذا علقه على فعل نفسه فامتنع كان الطلاق منه فأشبه ما لو نجزه فى الحال . ووجه الأول أنه طلاق فى مرض موته فمنعه ميراثه ولم يمنعها كما لو طلقها ابتداء ، ولأن الزوج أخر الطلاق اختياراً منه حتى وقع ما علق عليه فى مرضه فصار كالمباشرة له ، فأما ما ذكر عن أبي حنيفة فحسن إذا كان الفعل مما لا مشقة عليها فيه ، لأن تركها له كفعلها لما حلف عليها لتتركه . وإن كان مما فيه مشقة فلا ينبغى أن يسقط ميراثها بتركه كما لو حلف عليها لترك ما لا بد لها من فعله ففعلته .

( فصل ) إذا حلف ليفعلن شيئاً ولم يعين له وقتاً بلفظه ولا بنيته فهو على التراخى أيضاً ، فإن لفظه مطلق بالنسبة إلى الزمان كله فلا يتقيد بدون تقييده ولذلك لما قال الله تعالى فى الساعة ( قل بلى وربى لتأتينكم ) وقال ( قل بلى وربى لتبعثن ثم لتنبؤن بما عملتم ) ولما قال ( لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين ) كان ذلك على التراخى . فإن الآية أنزلت فى نوبة الحديبية فى سنة ست وتأخر الفتح إلى سنة ثمان . ولذلك روى عن عمر أنه قال « قلت للنبى صلى الله عليه وسلم أو ليس كنت تحدثنا أنا سنأتى البيت ونطوف به ؟ قال بلى : فأخبرتك أنك آتيه العام ؟ قلت : لا ، قال : فإنك آتيه ومطوف به » وهذا مما لا خلاف فيه نعلمه .

( فصل ) إذا قال لامرأته أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم ولم يطلقها طلقت إذا بقى من اليوم ما لا يتسع لتطليقها فيه على مقتضى هذه المسألة واهذ،

اختيار أبي الخطاب وقول أصحاب الشافعي وحكى القاضي فيها وجهين هـذا ووجهاً آخر أن الطلاق لا يقع ، وحكى ذلك عن أبي بكر وابن سريج لأن محل الطلاق اليوم ولا يوجد شرط طلاقها إلا بخروجه فلا يبقى من محل طلاقهـا ما يقع الطلاق فيه .

ولنا : أن خروج اليوم يفوت به طلاقها فوجب وقوعه قبله في آخر وقت الإمكان كموت أحدهما في اليوم . وذلك لأن معنى يمينه إن فاتني طلاقك اليوم فأنت طالق فيه فإذا بقي من اليوم مالا يتسع لتطليقها فقد فاته طلاقها فيه فوقع حينئذ كما يقع طلاقه في مسألتنا في آخر حياة أولها موتاً ، وما ذكروه باطل بما لو مات أحدهما في اليوم فإن محل طلاقها يفوت بموته ، ومع ذلك فإن الطلاق يقع قبيل موته كذا ههنا ، ولو قال لها : أنت طالق اليوم إن لم أتزوج عليك اليوم ، أو إن لم أشتر لك اليوم ثوباً ففيه الوجهان ، والصحيح منهما وقوع الطلاق بها اذا بقي من اليوم ما لا يتسع لفعل المحلوف عليه فيه ، وان قال لها : أنت طالق ان لم أطلقك اليوم طلقت بغير خلاف وفي محل وقوعه وجهان .

( أحدهما ) في آخر اليوم ( والثاني ) بعد خروجه . وان قال : أنت طالق اليوم ان لم أطلقك فهو كقوله أنت طالق اليوم ان لم أطلقك اليوم لأنه جعل عدم طلاقها شرطاً لطلاقها اليوم والشرط يتقدم المشروط .

( فصل ) وان قال لعبده ان لم أبعك اليوم فامرأتي طالق اليوم ولم يبعه حتى خرج اليوم ففيه الوجهان ، وان أعتق العبد أو مات أو مات الحالف أو المرأة في اليوم طلقت زوجته حينئذ لأنه قد فات بيعه وان دبره أو كاتبه لم تطلق امرأته لأن بيعه جائز ومن منع بيعهما قال يقع الطلاق بذلك كما لو مات ، وان وهب العبد لإنسان لم يقع الطلاق لأنه يمكن عوده اليه فيبيعه فلم يفت بيعه ، ولو قال : ان لم أبع عبدي فامرأتي طالق ولم يقيده باليوم فكاتب العبد لم يقع الطلاق ، لأنه يمكن عجزه فلم يعلم فوات البيع فإن عتق بالكتابة أو غيرها وقع الطلاق حينئذ لأنه فات بيعه .

« مسألة » قال ( وإن قال كلما لم أطلقك فأنت طالق وقع بها الثلاث فى الحال إذا كان مدخولا بها )

إنما كان كذلك لأن كلما تقتضى التكرار قال الله تعالى ( كلما جاء أمة رسولها كذبوه ) وقال ( كلما دخلت أمة لعنت أختها ) فيقتضى تكرار الطلاق تكرار الصفة والصفة عدم تطليقه لها ، فإذا مضى بعد يمينه زمن يمكن أن يطلقها فيه فلم يطلقها فقد وجدت الصفة فيقع طلقة وتتبعها الثانية والثالثة إن كانت مدخولا بها ، وإن لم تكن مدخولا بها بانت بالأولى ولم يلزمها ما بعدها ، لأن البائن لا يلحقها طلاق فأما إذا قال إن لم أطلقك فأنت طالق أو متى لم أطلقك أو أى وقت لم أطلقك فأنت طالق فإنها تطلق واحدة ولا يتكرر إلا على قول أبى بكر فى « متى » فإنه يراها للتكرار فيتكرر الطلاق بها مثل كلما إلا أن « متى » و « أى » وقت يقتضيان الطلاق على الفور فتى مضى زمن يمكن أن يطلقها فيه ولم يطلقها طلقت فى الحال وأما «إذا» ففيها وجهان . أحدهما : هى على الفور لأنها اسم وقت فهى كمتى . والثانى : أنها على التراخى لأنها كثر استعمالها فى الشرط فهى كإن ، فعلى هذا إذا قال إذا لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً لم تطلق إلا فى آخر جزء من حياة أحدهما . وإن قال متى لم أحلف بطلاقك فأنت طالق أوأى وقت لم أحلف بطلاقك فأنت طالق وكرره ثلاثا متواليات طلقت مرة واحدة لأنه لم يحنث فى المرة الأولى ولا الثانية لكونه حلف عقيبهما وحنث فى الثالثة وإن سكت بين كل يمينين سكوتاً يمكنه الحلف فيه طلقت ثلاثا وإن قال ذلك بلفظة « إذا » وقلنا هى على الفور فهى كمتى وإلا لم تطلق إلا واحدة فى آخر حياة أحدهما .

( فصل ) والحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق بها ستة : إن وإذا ومتى ومن وأى وكلما . فتى علق الطلاق بإيجاد فعل بواحد منها كان على التراخى مثل قوله : إن خرجت واذا خرجت ومتى خرجت وأى حين وأى زمان وأى وقت خرجت وكلما خرجت ، ومن خرجت منكن وأيتكن خرجت فهى طالق . فتى وجد الخروج طلقت ، وان مات أحدهما سقطت اليمين ، فأما ان علق الطلاق بالنفى بواحد من هذه الحروف كانت إن على التراخى ، ومتى وأى ومن وكلما على الفور لأن قوله متى

دخلت فأنت طالق يقتضى أى زمان دخلت فأنت طالق وذلك شائع فى الزمان كله فأى زمن دخلت وجدت الصفة ، وإذا قال متى لم تدخلى فأنت طالق فإذا مضى عقيب اليمين زمن لم تدخل فيه وجدت الصفة فإنها اسم لوقت الفعل فيقدر به ، ولهذا يصح السؤال به فيقال متى دخلت ؟ أى أى وقت دخلت وأما إن فلا تقتضى وقتاً ، فقوله إن لم تدخلى لا يقتضى وقتاً إلا ضرورة أن الفعل لا يقع إلا فى وقت فهى مطلقة فى الزمان كله . وأما اذا ففيها وجهان أحدهما : هى على التراخى وهو قول أبى حنيفة ونصره القاضى لأنها تستعمل شرطاً بمعنى « إن » قال الشاعر :

استغن ما أغناك ربك بالغنى　　وإذا تصبك خصاصة فتجمل

فجزم بها كما يجزم بإن ولأنها تستعمل بمعنى متى وإن ، واذا احتملت الأمرين فاليقين بقاء النكاح فلا يزول بالاحتمال . والوجه الآخر أنها على الفور وهو قول أبى يوسف ومحمد وهو المنصوص عن الشافعى لأنها اسم لزمن مستقبل فتكون كمتى ، وأما المجازاة بها فلا تخرجها عن موضوعها فإن متى يجازى بها ، ألا ترى الى قول الشاعر :

متى تأته تعشو الى ضوء ناره　　تجد خير نار عندها خير موقد

ومن يجازى بها أيضا ، وكذلك أى وسائر الحروف وليس فى هده الحروف ما يقتضى التكرار الا كلما ، وذكر أبو بكر فى متى أنها تقتضى التكرار أيضاً لأنها تستعمل للتكرار بدليل قوله :

متى تأته تعشو الى ضوء ناره　　تجد خير نار عندها خير موقد

أى فى كل وقت ولأنها تستعمل فى الشرط والجزاء ومتى وجد الشرط ترتب عليه جزاؤه ، والصحيح أنها لا تقتضيه لأنها اسم زمن بمعنى أى وقت وبمعنى اذا فلا تقتضى ما لا يقتضيانه وكونها تستعمل للتكرار فى بعض أحيانها لا يمنع استعمالها فى غيره مثل اذا وأى وقت فإنهما يستعملان فى الأمرين قال الله تعالى ( وإذا رأيت الذين يخوضون فى آياتنا فأعرض عنهم) (وإذا جاءك الذين يؤمنون بآياتنا فقل سلام عليكم) ( واذا لم تأتهم بآية قالوا لولا اجتبيتها ) وقال الشاعر :

قوم اذا الشر أبدى ناجذيه لهم　　طاروا إليه زرافات ووحدانا

وكذلك أى وقت وأى زمان فانهما يستعملان للتكرار وسائر الحروف

يجازى بها إلا أنها لما كانت تستعمل للتكرار وغيره لاتحمل على التكرار الا بدليل كذلك متى .

( فصل ) وهذه الحروف اذا تقدم جزاؤها عليها لم تحتج الى حرف فى الجزاء كقوله أنت طالق ان دخلت الدار ، وان تأخر جزاؤها احتاجت فى الجزاء إلى حرف الفاء إذا كان جملة من مبتدأ وخبر كقوله ان دخلت الدار فأنت طالق وإنما اختصت بالفاء لأنها للتعقيب فترتبط بين الجزاء وشرطه وتدل على تعقيبه به فإن قال ان دخلت الدار فأنت طالق لم تطلق حتى تدخل ، وبه قال بعض الشافعية . وقال محمد بن الحسن تطلق فى الحال لأنه لم يعلقه بدخول الدار لانه إنما يتعلق بالفاء وهذه لا فاء فيها فيكون كلاما مستأنفا غير معلق بشرط فيثبت حكمه فى الحال .

ولنا : أنه أتى بحرف الشرط فيدل ذلك على أنه أراد التعليق به وإنما حذف الفاء وهى مرادة كما يحذف المبتدأ تارة ويحذف الخبر أخرى لدلالة باقى الكلام على المحذوف ، ويجوز أن يكون حذف الفاء على التقديم والتأخير فكأنه أراد أنت طالق إن دخلت الدار فقدم الشرط ومراده التأخير . ومهما أمكن حمل كلام العاقل على فائدة وتصحيحه عن الفساد وجب ، وفيما ذكرنا تصحيحه ، وفيما ذكروه إلغاؤه ، وإن قال أردت الإيقاع فى الحال وقع لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ ، وان قال أنت طالق وإن دخلت الدار وقع الطلاق فى الحال لأن معناه أنت طالق فى كل حال ولا يمنع من ذلك دخولك الدار كقول النبى صلى الله عليه وسلم « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة وإن زنى وإن سرق » وقال « صلهم وإن قطعوك وأعطهم وإن حرموك » وإن قال أردت الشرط دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين ، فإذا قال ان دخلت الدار فأنت طالق وإن دخلت الأخرى فمتى دخلت الأولى طلقت سواء دخلت الأخرى أو لم تدخل ولا تطلق بدخول الأخرى .

وقال ابن الصباغ تطلق بدخول كل واحدة منهما ، وقد ذكرنا أن مقتضى اللغة ما قلناه ، وان قال أردت جعل الثانى شرطا لطلاقها أيضا طلقت بكل واحد منهما لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ ، وان قال أردت أن دخول الثانية شرط لطلاق

الثانية فهو على ما أراده ، وإن قال أنت طالق إن دخلت الدار وإن دخلت الأخرى طلقت بدخول إحداهما لأنه عطف شرطا على شرط ، فإن قال أردت أن دخول الثانية يمنع وقوع الطلاق قبل منه لأنه محتمل وطلقت بدخول الأولى وحدها ، وإن قال إن دخلت الدار وإن دخلت هذه الأخرى فأنت طالق فقد قيل لا تطلق إلا بدخولها لأنه جعل طلاقها جزاء لهذين الشرطين ويحتمل أن تطلق بأحدهما أيهما كان لأنه ذكر شرطين بحرفين فيقتضى كل واحد منهما جزاء فترك ذكر جزاء الأول . وكان الجزاء الآخر دالا عليه كما لو قال ضربت وضربنى زيد قال الفرزدق :

ولكن نصفاً لو سببت وسبنى بنو عبد شمس من قريش وهاشم

والتقدير سبنى هؤلاء وسببتهم ، وقال الله تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد ) أى عن اليمين قعيد وعن الشمال قعيد ، وإن قال إن دخلت الدار وأنت طالق طلقت لأن الواو ليست للجزاء وقد تكون للابتداء فإن قال أردت بها الجزاء أو قال أردت أن أجعل دخولها فى حال كونها طالقاً شرطاً لشيء ثم أمسكت دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين ، وإن جعل لهذا جزاء فقال إن دخلت الدار وأنت طالق فعبدى حر صح ولم يعتق العبد حتى تدخل الدار وهى طالق لأن الواو ههنا للحال كقول الله تعالى : (لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ) وقوله (فقد رأيتموه وأنتم تنظرون ) ولو قال أنت طالق إن دخلت الدار طالقاً فدخلت وهى طالق طلقت أخرى ، وإن دخلتها غير طالق لم تطلق لأن هذا حال يجرى مجرى قوله أنت طالق إن دخلت الدار راكبة ، وإن قال أنت طالق لو قمت كان ذلك شرطاً بمنزلة قوله إن قمت وهذا يحكى عن أبى يوسف ، ولأنها لو لم تكن للشرط كانت لغواً والأصل اعتبار كلام المكلف ، وقيل يقع الطلاق فى الحال ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى لأنها بعد الإثبات تستعمل لغير المنع كقوله تعالى : ( وإنه لقسم لو تعلمون عظيم ) ( ورأوا العذاب لو أنهم كانوا يهتدون ) وإن قال أردت أن أجعل لها جواباً دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين .

( فصل ) فإن قال إن أكلت ولبست فأنت طالق لم تطلق إلا بوجودهما جميعاً سواء تقدم الأكل أو تأخر لأن الواو للعطف ولا تقتضي ترتيباً ، وإن قال إن أكلت أو لبست فأنت طالق طلقت بوجود أحدهما لأن أو لأحد الشيئين وكذلك إن قال إن أكلت أو إن لبست أو لا أكلت ولا لبست وإن قال أنت طالق لا أكلت ولبست لم تطلق إلا بفعلهما إلا على الرواية التي تقول يحنث بفعل بعض المحلوف عليه فإنه يحنث بأحدهما هينا ، وإن قال أنت طالق إن أكلت فلبست أو إن أكلت ثم لبست لم تطلق حتى تأكل ثم تلبس لأن الفاء وثم للترتيب ، وإن قال أنت طالق إن أكلت إذا لبست أو إن أكلت متى لبست أو إن أكلت إن لبست لم تطلق حتى تلبس ثم تأكل لأن اللفظ اقتضى تعليق الطلاق بالأكل بعد اللبس ويسميه النحويون اعتراض الشرط على الشرط فيقتضي تقديم المتأخر وتأخير المتقدم لأنه جعل الثاني في اللفظ شرطاً للذي قبله ، والشرط يتقدم المشروط قال الله تعالى (ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم ) فلو قال لامرأته إن أعطيتك إن وعدتك إن سألتني فأنت طالق لم تطلق حتى تسأله ثم يعدها ثم يعطيها لأنه شرط في العطية الوعد وفي الوعد السؤال فكأنه قال إن سألتني فوعدتك فأعطيتك فأنت طالق . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال القاضي إذا كان الشرط بإذا كقولنا وفيما إذا كان بإن مثل قوله إن شربت ان أكلت أنها تطلق بوجودهما كيفما وجدا لأن أهل العرف لا يعرفون ما يقوله أهل العربية في هذا فتعلقت اليمين بما يعرفه أهل العرف بخلاف ما إذا كان الشرط باذا . والصحيح الأول وليس لأهل العرف في هذا عرف فإن هذا الكلام غير متداول بينهم ولا ينطقون به إلا نادراً فيجب الرجوع فيه إلى مقتضاه عند أهل الشأن (١) كسائر مسائل هذا الفصل .

( فصل ) فإن قال أنت طالق أن قمت بفتح الهمزة فقال أبو بكر تطلق في الحال لأن أن المفتوحة ليست للشرط وإنما هي للتعليل فعناه أنت طالق لأنك قمت أو لقيامك كقول الله تعالى ( يمنون عليك أن أسلموا ) (وتخر الجبال هداً

---

(١) في نسخة عند أهل اللسان

أن دعوا للرحمن ولداً ) ( وتخرجون الرسول وإياكم أن تؤمنوا بالله ربكم ) وقال القاضي : قياس قول أحمد أنه إن كان نحوياً وقع طلاقه وإن لم يكن نحوياً فهى للشرط لأن العامى لا يريد بذلك إلا الشرط ولا يعرف أن مقتضاها التعليل فلا يريده فلا يثبت له حكم ما لا يعرفه ولا يريده كما لو نطق بكلمة الطلاق بلسان لا يعرفه ، وحكى عن ابن حامد أنه قال فى النحوى أيضاً لا يقع طلاقه بذلك إلا أن ينويه لأن الطلاق يحمل على العرف فى حقهما جميعاً .

واختلف أصحاب الشافعى على ثلاثة أوجه ، أحدها : يقع طلاقه فى الحال ، والثانى : يكون شرطاً فى حق العامى وتعليلا فى حق النحوى . والثالث : يقع الطلاق إلا أن يكون من أهل الأعراب فيقول أردت الشرط فيقبل لأنه لا يجوز صرف الكلام عما يقتضيه إلا بقصده .

وإن قال أنت طالق إذ دخلت الدار طلقت فى الحال لأن اذ للماضى . ويحتمل أن لا يقع لأن الطلاق لا يقع فى زمن ماض فأشبه قوله أنت طالق أمس .

( فصل ) واذا علق الطلاق بشرطين لم يقع قبل وجودهما جميعاً فى قول عامة أهل العلم . وخرج القاضى وجهاً فى وقوعه بوجود أحدهما بناء على احدى الروايتين فيمن حلف أن لا يفعل شيئاً ففعل بعضه : وهذا بعيد جداً يخالف الأصول ومقتضى اللغة والعرف وعامة أهل العلم . فإنه لاخلاف بينهم فى المسائل التى ذكرناها فى الشرطين جميعاً ، واذا اتفق العلماء على أنه لا يقع طلاقه لإخلاله بالترتيب فى الشرطين المرتبين فى مثل قوله ان أكلت ثم لبست فلإخلاله بالشرط كله أولى . ثم يلزم على هذا ما لو قال ان أعطيتنى درهمين فأنت طالق ، واذا مضى شهران فأنت طالق فإنه لا خلاف فى أنها لا تطلق قبل وجودهما جميعاً ، وكان قوله يقتضى أن يقع الطلاق بإعطائه بعض درهم ومضى بعض يوم ، وأصول الشرع تشهد بأن الحكم المعلق بشرطين لا يثبت الا بهما .

وقد نص أحمد على أنه إذا قال ان حضت حيضة فأنت طالق واذا قال اذا صمت يوماً فأنت طالق أنها لا تطلق حتى تحيض حيضة كاملة واذا غابت الشمس من اليوم الذي تصوم فيه طلقت وأما اليمين فإنه متى كان في لفظه أو نيته ما يقتضي

جميع المحلوف عليه لم يحنث إلا بفعل جميعه ، وفى مسألتنا ما يقتضى تعليق الطلاق بالشرطين معاً لتصريحه بهما وجعلهما شرطاً للطلاق والحكم لا يثبت بدون شرطه على أن اليمين مقتضاها المنع مما حلف عليه فيقتضى المنع من فعل جميعه لنهى الشارع عن شىء يقتضى المنع من كل جزء منه كما يقتضى المنع من جملته ، وما علق على شرط جعل جزاءاً وحكما له والجزاء لا يوجد بدون شرطه ، والحكم لا يتحقق قبل تمام شرطه لغة وعرفاً وشرعاً .

## ( فصول فى تعليق الطلاق )

إذا قال لامرأته إن حضت فأنت طالق فقالت قد حضت فصدقها طلقت وإن كذبها ففيه روايتان .

إحداهما : يقبل قولها لأنها أمينة على نفسها وهذا قول أبي حنيفة والشافعى وهو ظاهر المذهب ، لأن الله تعالى قال : ( ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن ) قيل هو الحيض والحمل ولولا أن قولها فيه مقبول لما حرم عليها كتمانه وصار هذا كما قال الله تعالى ( ولا تكتموا الشهادة ) لما حرم كتمانها دل على قبولها كذا ههنا ، ولأنه معنى فيها لا يعرف إلا من جهتها فوجب الرجوع إلى قولها فيه كقضاء عدتها .

والرواية الثانية : لا يقبل قولها ويختبرها النساء بإدخال قطنة فى الفرج فى الزمان الذى ادعت الحيض فيه ، فإن ظهر الدم فهى حائض وإلا فلا ، وقال أحمد فى رواية مهنا فى رجل قال لامرأته إذا حضت فأنت طالق وعبدى حر قالت قد حضت ينظر إليها النساء فتعطى قطنة وتخرجها فإن خرج الدم فهى حائض تطلق ويعتق العبد ، وقال أبو بكر وبهذا أقول وهذا لأن الحيض يمكن التوصل إلى معرفته من غيرها فلم يقبل فيه بمجرد قولها كدخول الدار والأول المذهب ولعل أحمد إنما اعتبر البينة فى هذه الرواية من أجل عتق العبد فإن قولها إنما يقبل فى حق نفسها دون غيرها وهل يعتبر يمينها إذا قلنا القول قولها ؟ على وجهين بناء على ما إذا ادعت أن زوجها طلقها فأنكرها ولا يقبل قولها إلا فى حق نفسها خاصة دون غيرها من طلاق أخرى أو عتق عبده نص عليه أحمد في رجل قال لامرأته إذا حضت فأنت طالق وهذه معك

لامرأته الأخرى قالت قد حضت من ساعتها أو بعد ساعة تطلق هى ولا تطلق هذه حتى تعلم لأنها مؤتمنة على نفسها ولا يجعل طلاق هذه بيدها وهـذا مذهب الشافعى وغيره لأنها مؤتمنة فى حق نفسها دون غيرها فصارت كالمودع يقبل قوله فى الرد على المودع دون غيره ولو قال قد حضت فأنكرته طلقت بإقراره ، وإن قال إن حضت فأنت وضرتك طالقتان فقالت قد حضت فصدقها طلقتا بإقراره ، وإن كذبها طلقت وحدها ، وإن ادعت الضرة أنها قد حاضت لم يقبل لأن معرفتها بحيض غيرها كمعرفة الزوج به وإنما ائتمنت على نفسها فى حيضها ، وإن قال قد حضت فأنكرت طلقتا بإقراره ، ولو قال لامرأتيه إن حضتما فأنتما طالقتان فقالتا قد حضنا فصدقهما طلقتا ، وإن كذبهما لم تطلق واحدة منهما لأن طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين حيضها وحيض ضرتها ولا يقبل قول ضرتها عليها فلم يوجد الشرطان ، وإن صدق إحداهما وكذب الأخرى طلقت المكذبة وحدها لأن قولها مقبول فى حقها وقد صدق الزوج ضرتها فوجد الشرطان فى طلاقها ولم تطلق المصدقة لأن قول ضرتها غير مقبول فى حقها وما صدقها الزوج فلم يوجد شرط طلاقها .

( فصل ) فإن قال لأربع إن حضتن فأنتن طوالق فقلن قد حضنا فصدقهن طلقن وإن كذبهن لم تطلق واحده منهن لأن شرط طلاقهن حيض الأربع ولم يوجد ، وإن صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق واحدة منهن لأنه لم يوجد الشرط ، وإن صدق ثلاثا طلقت المكذبة وحدها لأن قولها مقبول فى حيضها وقد صدق الزوج صواحبها فوجد حيض الأربع فى حقها فطلقت ولا يطلق المصدقات لأن قول المكذبة غير مقبول فى حقهن .

( فصل ) وإن قال لهن كلما حاضت إحداكن أو أيتكن حاضت فضراتها طوالق فقلن قد حضنا فصدقهن طلقت كل واحدة منهن ثلاثا ثلاثا ، وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن ، وإن صدق واحدة طلقت كل واحدة من ضرائرها طلقة طلقة ولم تطلق هى لأنه لم يثبت حيض ضرة لها وان صدق اثنتين طلقت كل واحدة من المصدقتين طلقة طلقة لأن لكل واحدة منهما ضرة مصدقة وطلقت كل واحدة من المكذبتين طلقتين طلقتين ، وإن صدق ثلاثا طلقت المكذبة ثلاثا وطلقت كل واحدة من المصدقات طلقتين طلقتين .

( فصل ) إذا قال لطاهر إذا حضت فأنت طالق فرأت الدم فى وقت يمكن أن يكون حيضاً حكمنا بوقوع الطلاق كما يحكم بكونه حيضاً فى المنع من الصلاة وغيرها مما يمنع من الحيض ، وإن بان أنه ليس بحيض لانقطاعه لدون أقل الحيض بان أن الطلاق لم يقع وبهذا قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى قال ابن المنذر لانعلم أحداً قال غير ذلك إلا مالكا فإن ابن القاسم روى عنه أنه يحنث حين تكلم به وقد سبق الكلام معه فى هذا . وإن قال لحائض إذا حضت فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ولو قال لطاهر إذا تطهرت فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر وهذا يحكى عن أبى يوسف .

وقال بعض أصحاب الشافعى الذى يقتضيه مذهب الشافعى أنها تطلق بما يتجدد من حيضها وطهرها فى المسألتين لأنه قد وجد منها الحيض والطهر فوقع الطلاق لوجود صفته .

ولنا : أن إذا اسم زمن مستقبل يقتضى فعلا مستقبلا وهذا الحيض والطهر مستدام غير متجدد ولا يفهم من إطلاق حاضت المرأة وطهرت إلا ابتداء ذلك فتعلقت الصفة به ، ولو قال لطاهر إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر نص عليه أحمد لأنه لا توجد حيضة كاملة إلا بذلك ، ولو قال لحائض إذا طهرت فأنت طالق طلقت بأول الطهر وتطلق فى الموضعين بانقطاع دم الحيض قبل الغسل . نص عليه أحمد فى رواية إبراهيم الحربى ، وذكر أبو بكر فى التنبيه فيها قولا أنها لا تطلق حتى تغتسل بناء على أن العدة لا تنقضى بانقطاع الدم حتى تغتسل .

ولنا : أن الله تعالى قال ( ولا تقربوهن حتى يطهرن ) أى ينقطع دمهن ( فإذا تطهرن ) أى اغتسلن ولأنه قد ثبت لها احكام الطاهرات فى وجوب الصلاة وصحة الطهارة والصيام وإنما بقى بعض الأحكام موقوفا على وجود الغسل ولأنها ليست حائضاً فيلزم أن تكون طاهراً لأنهما ضدان على التعيين فيلزم من انتفاء أحدهما وجود الآخر .

( فصل ) فإن قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق وإذا حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت حيضة طلقت واحدة ، فإذا حاضت الثانية طلقت الثانية

عند طهرها منها ، وإن قال إذا حضت حيضة فأنت طالق ثم إذا حضت حيضتين فأنت طالق لم تطلق الثانية حتى تطهر من الحيضة الثالثة لأن ثم للترتيب فتقتضي حيضتين بعد الطلقة الأولى لكونهما مرتبتين عليها .

( فصل ) فإن قال : إذا حضت نصف حيضة فأنت طالق طلقت إذا ذهب نصف الحيضة ، وينبغي أن يحكم بوقوع الطلاق إذا حاضت نصف عادتها ، لأن الأحكام تعلقت بالعادة فيتعلق بها وقوع الطلاق ، ويحتمل أنه لا يحكم بوقوع الطلاق حتى يمضي سبعة أيام ونصف لأننا لا نتيقن مضي نصف الحيضة إلا بذلك إلا أن تطهر لأقل من ذلك : ومتى طهرت تبينا وقوع الطلاق في نصف الحيضة وقيل : يلغو قوله نصف حيضة ويبقى طلاقها معلقا بوجود الحيض والأول أصح ، فإن الحيض له مدة أقلها يوم وليلة وله نصف حقيقة ، والجهل بقدر ذلك لا يمنع وجوده وتعلق الحكم به كالحمل .

(فصل) وإن قال لامرأتيه إذا حضتما حيضة واحدة فأنتما طالقتان لم تطلق واحدة منهما حتى تحيض كل واحدة منهما حيضه واحدة ويكون التقدير إن حاضت كل واحدة منكما حيضه واحدة فانتما طالقتان ، كقول الله تعالى (فاجلدوهم ثمانين جلدة) أي اجلدوا كل واحد منهم ثمانين ويحتمل أن يتعلق الطلاق بحيض إحداهما حيضه لأنه لما تعذر وجود الفعل منهما وجبت إضافته إلى إحداهما كقوله تعالى ( يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان ) وإنما يخرج من أحدهما ، وقال القاضي : يلغو قوله حيضه واحدة لأن حيضه واحدة من امرأتين محال فيبقى كأنه قال : إن حضتما فأنتما طالقتان وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الآخر ، لاتنعقد هذه الصفه لأنها مستحيلة فتصير كتعليق الطلاق بالمستحيلات والوجه الأول أولى لأن فيه تصحيح كلام المكلف بحمله على محمل سائغ وتبعيد لوقوع الطلاق ، واليقين بقاء النكاح فلا يزول حتى يوجد ما يقع به الطلاق يقينا ، وغير هذا الوجه لايحصل به اليقين ، فإن أراد بكلامه أحد هذه الوجوه حمل عليه ، وإذا ادعى ذلك قبل منه وإذا قال : أردت أن تكون الحيضه الواحدة منهما فهو تعليق الطلاق بمستحيل فيحتمل أن يلغو قوله : حيضه ، ويحتمل أن لا يقع الطلاق لأن هذه الصفه لا توجد فلا يوجد

ما علق عليها ، ويحتمل أن يقع فى الحال ، ويلغو الشرط بناء على ما ذكرناه فى تعليق الطلاق على المستحيل .

( فصل ) وإذا كان له أربع نسوة فقال : أيتكن لم أطأها فضرائرها طوالق وقيده بوقت ، فمضى الوقت ولم يطأهن طلقن ثلاثا ثلاثا ، لأن لكل واحدة ثلاث ضرائر موطوءات ، وإن وطىء ثلاثا وترك واحدة لم تطلق المتروكة لأنها ليست لها ضرة غير موطوءة ، وتطلق كل واحدة من الموطوءات طلقة طلقة ، وإن وطىء اثنتين طلقتا طلقتين طلقتين ، وطلقت المتروكتان طلقة طلقة ، وإن وطىء واحدة طلقت ثلاثا وطلقت كل واحدة من المتروكات طلقتين طلقتين ، وإن لم يقيده بوقت كان وقت الطلاق مقيداً بعمره وعمرهن ، فأيتهن ماتت طلقت كل واحدة من ضرائرها طلقة طلقة ، وإذا ماتت أخرى فكذلك ، وإن مات هو طلقن كلهن فى آخر جزء من حياته .

( فصل ) فإن قال : إن لم تكونى حاملا فأنت طالق ولم تكن حاملا طلقت ، وان أتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين اليمين أو لأقل من أربع سنين ولم يكن يطأها لم تطلق لأنا تبينا أنها كانت حاملا بذلك الولد ، وان مضت أربع سنين ولم تلد تبينا أنها طلقت حين عقد اليمين ، وان كان يطؤها وأتت بولد لأكثر من ستة أشهر وأقل من أربع سنين نظرت ، فإن ظهرت علامات الحمل من انقطاع الحيض ونحوه قبل وطئه أو قريبا منه بحيث لا يحتمل أن يكون من الوطء الثانى لم تطلق ، وان حاضت أو وجد ما يدل على براءتها من الحمل طلقت ، وان لم يظهر ذلك واحتمل أن من الثانى ففيه وجهان . احدهما : تطلق لأن الأصل عدم الحمل قبل الوطء . والثانى : لا تطلق لأن اليقين بقاء النكاح ، فلا يزول بشك واحتمال ، ولا يجوز للزوج وطؤها قبل الاستبراء ، لأن الأصل عدم الحمل ووقوع الطلاق ، والا استبرأها ههنا بحيضة . فإن وجدت الحيضة على عادتها تبينا وقوع طلاقها ، وان لم تأت فى عادتها ، كان ذلك دليلا على حملها وحل وطئها ، وان قال : ان كنت حاملا فأنت طالق ، فهى عكس المسألة التى قبلها ، ففى الموضع الذى يقع الطلاق ثم لا يقع ههنا ، وفى الموضع الذى لا يقع ثم يقع ههنا الا أنها اذا أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطء الزوج بعد اليمين ، ولأقل من أربع سنين من حين عقد الصفة

لم تطلق لأن تعين النكاح باق ، والظاهر حدوث الولد من الوطء لأن الأصل عدمه قبله . ولا يحل له الوطء حتى يستبرئها . نص عليه أحمد . قال القاضي : يحرم الوطء سواء قلنا الرجعية مباحة أو محرمة لأنه يمنع المعرفة بوقوع الطلاق وعدمه ، وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى ، لا يحرم الوطء لأن الأصل بقاء النكاح وبراءة الرحم من الحمل ، وإذا استبرأها حل وطؤها على الروايتين ويكون الاستبراء بحيضة . قال أحمد في رواية أبي طالب إذا قال لامرأته : متى حملت فأنت طالق لا يقربها حتى تحيض ، فإذا طهرت وطئها ، فإن تأخر حيضها أريت النساء من أهل المعرفة ، فإن لم يوجدن أو خفي عليهن انتظر عليها تسعة أشهر غالب مدة الحمل . وذكر القاضي فيها رواية أخرى أنها تستبرأ بثلاثة أقراء ، ولأنه استبراء الحرة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . والصحيح ما ذكرناه لأن المقصود معرفة براءة رحمها وقد حصل بحيضة ، ولهذا قال عليه السلام « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » يعني تعلم براءتها بحيضة ، ولأن ما يعلم به البراءة في حق الأمة والحرة واحد لأنه أمر حقيقي لا يختلف بالحرية والرق ، وأما العدة ففيها نوع تعبد لا يجوز أن تعتدا بالقياس ، وهل تعتدا بالاستبراء قبل عقد اليمين أو بالحيضة التي حلف فيها ؟ على وجهين أصحهما الاعتداد به لأنه يحصل به ما يحصل بالاستبراء بعد اليمين . والثاني . لا يعتد به . لأن الاستبراء لا يتقدم على سببه ولأنه لا يعتد به في استبراء الأمة . قال أحمد إذا قال لامرأته : إذا حبلت فأنت طالق يطؤها في كل طهر مرة ، يعني إذا حاضت ثم طهرت حل وطؤها لأن الحيض علم على براءتها من الحمل ووطؤها سبب له ، فإذا وطئها اعتزلها لاحتمال أن تكون قد حملت من وطئه فطلقت به .

( فصل ) إذا قال : إن كنت حاملا بغلام فأنت طالق واحدة ، وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين فولدت غلاماً كانت حاملا به وقت اليمين تبينا أنها طلقت واحدة حين حلف وانقضت عدتها بوضعه ، وإن ولدت أنثى طلقت بولادتها طلقتين واعتدت بالقروء ، وإن ولدت غلاماً وجارية وكان الغلام أولها ولادة تبينا أنها طلقت واحدة وبانت بوضع الجارية ولم تطلق بها ، وإن كانت الجارية أولها ولادة طلقت ثلاثاً واحدة بحمل الغلام واثنتين بولادة الجارية وانقضت عدتها بوضع

الغلام ، وإن قال لها إن كنت حاملا بغلام فأنت طالق واحدة ، وإن كنت حاملا بجارية ، فأنت طالق اثنتين ، فولدت غلاما وجارية ، طلقت ثلاثاً .

وإن قال : إن كان حملك غلاما ، فأنت طالق واحدة ، إن كان حملك جاريه ، فأنت طالق اثنتين ، فولدت غلاما وجارية لم تطلق ، لأن حملها كله ليس بغلام ولا هو جارية ، ذكره القاضي في المجرد وأبو الخطاب ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقال القاضي في الجامع : في وقوع الطلاق وجهان بناء على الروايتين فيمن حلف لا لبست ثوباً من غزلها . فلبس ثوباً فيه من غزلها .

( فصل ) فإن قال . كلما ولدت ولداً فأنت طالق ، فولدت ثلاثاً دفعة واحدة طلقت ثلاثاً ، لأن صفة الثلاث وجدت وهي زوجة ، وإن ولدتهم في دفعات من حمل واحد ، طلقت بالأولين وبانت بالثالث ولم تطلق ، ذكره أبو بكر وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي ، وحكى عن ابن حامد أنها تطلق ، لأن زمان البينونة زمن الوقوع ، ولا تنافي بينهما .

ولنا : أن العدة انقضت بوضع الحمل فصادفها الطلاق بائناً فلم يقع ، كما لو قال : إذا مت فأنت طالق : وقد نص أحمد فيمن قال : أنت طالق مع موتي أنها لا تطلق فهذا أولى . وإن قال : إن ولدت ذكراً فأنت طالق واحدة ، وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين ، فولدتهما دفعة واحدة طلقت ثلاثا ، وإن ولدتهما في دفعتين وقع بالأول ما علق عليه ، وبانت بالثاني ولم يقع به شيء إلا على قول ابن حامد ، فإن أشكل الأول منهما أو كيفية وضعهما طلقت واحدة بيقين ، ولا تلزمه الثانية والورع أن يلتزمها ، وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال القاضي : قياس المذهب أن يقرع بينهما .

وإن قال : إن كان أول ما تلدين ذكر ، فأنت طالق واحدة ، وإن كان أنثى فأنت طالق اثنتين فولدتهما دفعة واحدة لم يقع بها شيء لأنه لا أول فيهما فلم توجد الصفة ، وإن ولدتهما في دفعتين وقع بالأول ما علق عليـــه ولم يقع بالثاني شيء .

( فصل ) فإن كان له أربع نسوة فقال : كلما ولدت واحدة منكن فضرائرها

طوالق ، فولدن دفعة واحدة طلقن كلهن ثلاثا ثلاثا ، وإن ولدن فى دفعات وقع بضرائر الأولى طلقة طلقة . فإذا ولدت الثانية بانت بوضعه ولم تطلق ، وهل يطلق سائرهن ؟ فيه احتمالان . أحدهما : لا يقع بهن طلاق لأنها لما انقضت عدتها بانت فلم يبقين ضرائرها ، والزوج انما عاق على ولادتها طلاق ضرائرها .

والوجه الثانى : يقع بكل واحدة طلقة لأنهن ضرائرها فى حال ولادتها ، فعلى هذا يقع بكل واحدة من اللتين لم يلدن طلقتان طلقتان وتبين هذه وتقع بالوالدة الأولى طلقة ، فإذا ولدت الثانية بانت ، وفى وقوع الطلاق بالباقيتين وجهان . فإذا قلنا : يقع بهن طلقت الرابعة ثلاثا والأولى طلقتين وبانت الثانية والثالثة وليس فيهن من له رجعتها إلا الأولى ما لم تنقض عدتها . وإذا ولدت الرابعة لم تطلق واحدة منهن ولم تنقضى عدتها بذلك .

وإن قال : كلما ولدت واحدة منكن فسائركن طوالق ، أو فباقيكن طوالق فكلما ولدت واحدة وقع بباقيهن طلقة طلقة ، وتبين الوالدة بوضع ولدها إلا الأولى والفرق بين هذه وبين التى قبلها ، أن الثانية والثالثة يقع الطلاق بباقيهن بولادتهما ههنا . وفى الأولى لا يقع لأنهن لم يبقين ضرائرها وههنا لم يعلقه بذلك . وإن قال : كلما ولدت واحدة منكن فأنتن طوالق ، فكذلك إلا أنه يقع على الأولى طلقة بولادتها . فإن كانت الثانية حاملا باثنين فوضعت الأول منهما وقع بكل واحدة من ضرائرها طلقة فى المسائل كلها ، ووقع بها طلقة فى المسألة الثالثة . وإذا وضعت الثالثة أو كانت حاملا باثنين فكذلك فتطلق الرابعة ثلاثا وتطلق كل واحدة من الوالدات طلقتين طلقتين فى المسألتين الأوليين وثلاثا ثلاثا فى المسألة الثالثة فكلما وضعت واحدة منهن تمام حملها انقضت به عدتها . قال القاضى : إذا كانت له زوجتان فقال كلما ولدت واحده منكما فأنتما طالقتان فولدت إحداهما يوم الخميس طلقتا جميعاً ثم ولدت الثانية يوم الجمعة بانت وانقضت عدتها ولم تطلق وطلقت الأولى ثانية . فإن كانت كل واحدة منهما حاملا باثنين طلقتا بوضع الثانية طلقة طلقة أيضاً ، ثم إذا ولدت الأولى تمام حملها انقضت عدتها به وطلقت الثانية ثلاثا فإذا ولدت الثانية تمام حملها انقضت عدتها به وطلقت الثانية ثلاثا .

( فصـل ) وإذا قال لامرأته إن كلمتك فأنت طالق ثم أعاد ذلك ثانيـة طلقت واحدة لأن إعادته تـكليم لهـا وشرط لطلاقها فإن أعاده ثالثه طلقت ثانية إلا أن يكون غير مدخول بها فتبين بالأولى ولا يلحقها طلاق ثان . وإن أعاده رابعة طلقت الثالثة ، وإن قال إن كلمتك فأنت طالق فاعلمى ذلك أو فتحقق ذلك ، حنث لأنه كلمها بعد عقد اليمين إلا أن ينوى كلاما مبتدأ ، وإن زجرها فقال تنحى أو اسكتى أو اذهبي حنث لأنه كلام ، وان سمعها تذكر فقال الـكاذب عليه لعنة الله حنث نص عليه أحمد لأنه كلمها ، وإن كلمها وهى نائمة أو مغلوبة على عقلها بإغماء أو جنون لا تسمع أو بعيدة لا تسمع كلامه أو صماء بحيث لا تفهم كلامه ولا تسمع أو حلف لا يـكلم فلانا فـكلمه ميتا لم يحنث وقال أبو بكر يحنث فى جميع ذلك لقول أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كيف تـكلم أجساداً لا أرواح فيها ؟

ولنـا : أن التـكلم فعل يتعدى إلى المتـكلم ، وقد قيل إنه مأخوذ من الـكلم وهو الجرح لأنه يؤثر فيه كتأثير الجرح ولا يكون ذلك إلا باسمـاعه ، فأما تـكليم النبي صلى الله عليه وسلم الموتى فمن معجزاته فإنه قال « ما أنتم بأسمع لمـا أقول منهم » ولم يثبت هذا لغيره وقول أصحاب النبي صلى الله عليه وسـلم كيف تـكلم أجساداً لا أرواح فيها ؟ حجة لنا فإنهم قالوا ذلك استبعاداً أو سؤالا عمـا خفى عنهم سببه وحكمته حتى كشف لهم النبي صلى الله عليه وسلم حكمة ذلك بأمر مختص به فيبقى الأمر فى حق من سـواه على النفى ، وإن حلف لا كلمت فلانا فـكلمته سكران حنث لأن السكران يكلم ويحنث وربما كان تـكليمه فى حال سكره أضر من تـكليمه فى صحوه وإن كلمته سكرانه حنث لأن حكمها حكم الصاحى وإن كلمته وهو صبي أو مجنون يسمع ويعلم أنه مكلم حنث وإن جنت هى ثم كلمته لم يحنث لأن القلم مرفوع عنها ولم يبق لـكلامها حكم .

( فصل ) فإن حلف لا يـكلم إنسانا فـكلمه بحيث يسمع فلم يسمع لتشاغله أو غفلته حنث لأنه كلمه وإنمـا لم يسمع لغفلته أو شغل قلبه ، وإن كلمه ولم يعرفه فإن كانت يمينه بالطلاق حنث قال أحمد فى رجل حلف بالطلاق أن لا يـكلم حمـاته فرآها بالليل فقال من هذا ؟ حنث قد كلمها ، وإن كانت يمينه بالله أو يمينا مكفرة فالصحيح أنه لا يحنث لأنه لم يقصد تكليمه فأشبه الناسى ولأنه ظن المحلوف عليه غيره فأشبه

لغو اليمين ، وإن سلم عليه حنث لأنه كلمه بالسلام ، وإن سلم على جماعة هو فيهم وأراد جميعهم بالسلام حنث لأنه كلمهم كلهم ، وإن قصد بالسلام من عداه لم يحنث لانه إنما كلم غيره وهو يسمع وإن لم يعلم أنه فيهم ففيه روايتان احداهما : يحنث لأنه كلمهم جميعهم وهو فيهم والثانيه لايحنث لأنه لم يقصده ويمكن حمل قوله فى الحنث على اليمين بالطلاق والعتاق لأنه لا يعذر فيها بالنسيان والجهل فى الصحيح من المذهب وعدم الحنث على اليمين المكفرة ، فإن كان الحالف إماما والمحلوف عليه مأموما لم يحنث بتسليم الصلاة لأنه للخروج منها الا أن ينوى بتسليمه المأمومين فيكون حكمه حكم مالو سلم عليهم فى غير الصلاة ويحتمل أن لايحنث بحال لأن هذا لا يعد تكليما ولا يريده الحالف ، وان حلف لا يكلم فلانا فكلم إنسانا وفلانا يسمع يقصد بذلك اسماعه كما قال * اياك أعنى واسمعى ياجارة * حنث نص عليه أحمد قال إذا حلف لا يكلم فلانا فكلم انسانا وفلان يسمع يريد بكلامه اياه المحلوف عليه حنث لأنه قد أراد تكليمه .

وروى عن أبى بكرة ما يدل على أنه لا يحنث فإنه كان حلف أن لا يكلم أخاه زياداً فعزم زياد على الحج فجاء أبو بكرة فدخل قصره وأخذ ابنه فى حجرة فقال ان أباك يريد الحج والدخول على زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا السبب وقد علم أنه غير صحيح ثم خرج ولم ير أنه كلمه والأول الصحيح لأنه أسمعه كلامه يريده به فأشبه ما لو خاطبه به ولأن به مقصود تكليمه قد حصل بإسماعه كلامه .

( فصل ) فإن كتب اليه أو أرسل اليه رسولا حنث الا أن يكون قصد أن لا يشافهه ، نص عليه أحمد ، وذكره الخرقى فى موضع آخر ، وذلك لقول الله تعالى ( وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا ) ولأن القصد بالترك لكلامه هجرانه ولا يحصل مع مواصلته بالرسل والكتب ، ويحتمل أن لا يحنث الا أن ينوى ترك ذلك لأن هذا ليس بتكليم حقيقه ولو حلف ليكلمنه لم يبر بذلك الا أن ينويه فكذلك لا يحنث به ، ولو حلف لا يكلمه فأرسل انسانا يسأل أهل العلم عن مسألة أو حديث فجاء الرسول فسأل المحلوف عليه لم يحنث بذلك وان حلف لايكلم امرأته فجامعها لم يحنث الا أن تكون نيته هجرانها ،

قال أحمد فى رجل قال لامرأته ان كلمتك خمسة أيام فأنت طالق أله أن يجامعها ولا يكلمها ؟ فقال أى شيء كان بدو هذا أيسوءها أو يغيظها فإن لم يكن له نية فله أن يجامعها ولا يكلمها ، وان حلف لا يقرأ كتاب فلان فقرأه فى نفسه ولم يحرك شفتيه به حنث لأن هذا قراءة الكتب فى عرف الناس فتنصرف يمينه اليه الا أن ينوى حقيقة القراءة ، قال أحمد اذا حلفت لا قرأت لفلان كتابا ففتحه حتى استقصى آخره الا أنه لم يحرك شفتيه فإن أراد أن لا يعلم ما فيه فقد علم ما فيه وقرأه .

( فصل ) فإن قال لامرأته ان بدأتك بالكلام فأنت طالق فقالت ان بدأتك بالكلام فعبدى حر انحلت يمينه لأنه لما خاطبته بيمينها فاتته البداية بكلامها وبقيت يمينها معلقة فإن بدأها بكلام انحلت يمينها أيضاً ، وان بدأته هى عتق عبدها هكذا ذكره أصحابنا ويحتمل أنه ان بدأها بالكلام فى وقت آخر حنث لأن ذلك يسمى بداية فتناولته يمينه إلا أن ينوى ترك البداية فى هذا الوقت أو هذا المجلس فيتقيد به .

( فصل ) فإن قال لامرأتيه إن كلمتما هذين الرجلين فأنتما طالقتان فكلمت كل واحدة رجلا ففيه وجهان .

أحدهما : يحنث لأن تكليمهما وجد منهما فحنث كما لو قال إن حضتما فأنتما طالقتان فحاضت كل واحدة حيضة وكذلك لو قال إن ركبتما دابتيكما فأنتما طالقتان فركبت كل واحدة دابتها .

والوجه الثانى : لا يحنث حتى تكلم كل واحدة منهما الرجلين معا لانه علق طلاقهما بكلامهما لهما فلا تطلق واحدة بكلام الأخرى وحدها وهذا أظهر الوجهين لأصحاب الشافعى ، وهكذا لو قال إن دخلتما هاتين الدارين فالحكم فيها كالأولى وهذا فيما لم تجر العادة بانفراد الواحدبه ، فأما ماجرى العرف فيه بانفراد الواحد فيه بالواحد كنحو ركبا دابتيهما ولبسا ثوبيهما وتقلدا سيفيهما واعتقلا رمحيهما ودخلا بزوجيهما وأشباه هذا فإنه يحنث إذا وجد منهما منفردين ، ومالم تجر العادة فيه بذلك فهو على الوجهين ، ولو قال إن أكلتما هذين الرغيفين فأكلت كل واحدة منهما رغيفاً يحنث لأنه يستحيل أن تأكل كل واحدة منهما الرغيفين بخلاف الرجلين والدارين .

( فصل ) فإن قال أنت طالق إن كلمت زيداً ومحمد مع خالد لم تطلق حتى تكلم زيداً فى حال يكون فيها محمد مع خالد ، وذكر القاضى أنه يحنث بكلام زيد فقط لأن قوله محمد مع خالد استئناف كلام بدليل أنه مرفوع والصحيح ما قلناه لأنه متى أمكن جعل الكلام متصلا كان أولى من قطعه والرفع لا ينفى كونه حالا فإن الجملة من المبتدإ والخبر تكون حالا كقوله تعالى (اقترب للناس حسابهم وهم فى غفلة معرضون ) وقال ( إلا استمعوه وهم يلعبون ـ واخاف أن يأكله الذئب، وأنتم عنه غافلون ) وهذا كثير فلا يجوز قطعه عن الكلام الذى هو فى سياقه مع إمكان وصله به ، ولو قال إن كلمت زيداً ومحمد مع خالد فأنت طالق لم تطلق حتى تكلم زيداً فى حال كون محمد مع خالد فكذلك إذا تأخر قوله محمد مع خالد ، ولو قال أنت طالق إن كلمت زيداً وأنا غائب لم تطلق حتى تكلمه فى حال غيبته ، وكذلك لو قال أنت طالق إن كلمت زيداً وأنت راكبة أو هو راكب أو ومحمد راكب لم تطلق حتى تكلمه فى تلك الحال . ولو قال أنت طالق إن كلمت زيداً ومحمد أخوه مريض لم تطلق حتى تكلمه وأخوه محمد مريض .

( فصل ) فإن قال إن كلمتنى إلى أن يقدم زيد أو حتى يقدم زيد فأنت طالق فكلمته قبل قدومه حنث لأنه مد المنع إلى غاية هى قدوم زيد فلا يحنث بعدها ، فإن قال أردت إن استدمت كلامى من الآن إلى أن يقدم زيد دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يحتمل وجهين .

( فصل ) فإن قال أنت طالق إن شئت أو إذا شئت أو متى شئت أو كلما شئت أو كيف شئت أو حيث شئت أو أنى شئت لم تطلق حتى تشاء وتنطق بالمشيئة بلسانها فتقول قد شئت لأن ما فى القلب لا يعلم حتى يعبر عنه اللسان فتعلق الحكم بما يتعلق به دون ما فى القلب فلو شاءت بقلبها دون نطقها لم يقع طلاق ولو قالت قد شئت بلسانها وهى كارهة لوقع الطلاق اعتباراً بالنطق ، وكذلك إن علق الطلاق بمشيئة غيرها ومتى وجدت المشيئة باللسان وقع الطلاق سواء كان على الفور أو التراخى نص عليه أحمد فى تعليق الطلاق بمشيئة فلان وفيما إذا قال أنت طالق حيث شئت أو أنى شئت ونحو هذا قال الزهرى وقتادة، وقال أبو حنيفة دون صاحبيه إذا قال

أنت طالق كيف شئت تطلق فى الحال طلقة رجعية لأن هذا ليس بشرط وإنما هو صفة للطلاق والواقع بمشيئتها .

ولنا : أنه أضاف الطلاق إلى مشيئتها فأشبه ما لو قال حيث شئت ، وقال الشافعى فى جميع الحروف إن شاءت فى الحال وإلا فلا تطلق لأن هذا تمليك للطلاق فكان على الفور كقوله اختارى وقال أصحاب الرأى فى أن كقوله وفى سائر الحروف كقولنا : لأن هذه الحروف صريحة فى التراخى فحملت على مقتضاها بخلاف إن فانها لا تقتضى زمانا وإنما هى لمجرد الشرط فتقيد بالفور بقضية التمليك ، وقال الحسن وعطاء إذا قال أنت طالق إن شئت إنما ذلك لها ما داما فى مجلسهما .

ولنا : أنه تعليق للطلاق على شرط فكان على التراخى كسائر التعليق ولأنه إزالة ملك معلق على المشيئة فكان على التراخى كالعتق وفارق اختارى فإنه ليس بشرط إنما هو تخيير فتقيد بالمجلس كخيار المجلس وإن مات من له المشيئة أو جن لم يقع الطلاق لأن شرط الطلاق لم يوجد ، وحكى عن أبى بكر أنه يقع وليس بصحيح لأن الطلاق المعلق على شرط لا يقع إذا تعذر شرطه كما لو قال أنت طالق إن دخلت الدار وإن شاء وهو مجنون لم يقع طلاقه لأنه لاحكم لكلامه وإن شاء وهو سكران . فالصحيح أنه لا يقع لأنه زائل العقل فهو كالمجنون

وقال أصحابنا : يخرج على الروايتين فى طلاقه والفرق بينهما أن إيقاع طلاقه تغليظ عليه كيلا تكون المعصية سبباً للتخفيف عنه وهٰهنا إنما يقع الطلاق بغيره فلا يصح منه فى حال زوال عقله ، وإن شاء وهو طفل لم يقع لأنه كالمجنون وإن كان يعقل الطلاق وقع لأن له مشيئة ولذلك صح اختياره لأحد أبويه وإن كان أخرس فشاء بالإشارة وقع الطلاق لأن إشارته تقوم مقام نطق الناطق ولذلك وقع طلاقه بها وإن كان ناطقاً حال التعليق فخرس ففيه وجهان . أحدهما : يقع الطلاق بها لأن طلاقه فى نفسه يقع بها فكذلك طلاق من علقه بمشيئة . والثانى : لا يقع بها لأنه حال التعليق كأنه لا يقع إلا بالنطق فلم يقع بغيره كما لو قال فى التعليق ان نطق فلان بمشيئته فهى طالق .

( فصل ) فإن قيد المشيئة بوقت فقال أنت طالق إن شئت اليوم تقيد به فإن خرج اليوم قبل مشيئتها لم تطلق وإن علقه على مشيئة اثنين لم يقع حتى توجد

مشيئتهما ، وخرج القاضي وجهاً أنه يقع بمشيئة أحدهما كما يحنث بفعل بعض المحلوف عليه وقد بينا فساد هذا فإن قال أنت طالق إن شئت وشاء أبوك فقالت قد شئت إن شاء أبي ، فقال أبوها قد شئت لم تطلق لأنها لم تشأ فإن المشيئة أمر خفي لا يصح تعليقها على شرط وكذلك لو قال أنت طالق إن شئت فقالت قد شئت إن شئت فقال قد شئت أو قالت قد شئت إن طلعت الشمس لم يقع ، نص عليه أحمد على معنى هذا وهو قول سائر أهل العلم منهم الشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لزوجته أنت طالق إن شئت فقالت قد شئت إن شاء فلان أنها قد ردت الأمر ولا يلزمها الطلاق وإن شاء فلان وذلك لأنه لم توجد منها مشيئة وإنما وجد منها تعليق مشيئتها بشرط وليس تعليق المشيئة بشرط مشيئة ، وإن علق الطلاق على مشيئة أثنين فشاء أحدهما على الفور والآخر على التراخي وقع الطلاق لأن المشيئة قد وجدت منهما جميعاً .

( فصل ) فإن قال أنت طالق إلا أن تشائي أو يشاء زيد فقالت قد شئت لم تطلق وإن أخرا ذلك طلقت وإن جن من علق الطلاق بمشيئته طلقت في الحال لأنه أوقع الطلاقَ وعلق رفعه بشرط لم يوجد ،وكذلك إن مات فإن خرس فشاء بالإشارة خرج فيه وجهان بناء على وقوع الطلاق بإشارته إذا علقه على مشيئته .

( فصل ) فإن قال أنت طالق واحدة إلا أن تشائي ثلاثا فلم تشأ أو شاءت أقل من ثلاث طلقت واحدة وإن قالت قد شئت ثلاثا فقال أبو بكر تطلق ثلاثا ، وقال أصحاب الشافعي وأبي حنيفة لا تطلق إذا شاءت ثلاثا لأن الاستثناء من الاثبات نفي فتقديره أنت طالق واحدة إلا أن تشائي ثلاثا فلا تطلقي ولأنه لو لم يقل ثلاثا لما طلقت بمشيئتها ثلاثا فكذلك إذا قال ثلاثا لأنه إنما ذكر الثلاث صفة لمشيئتها الرافعة لطلاق الواحدة فيصير كما لو قال أنت طالق إلا أن تكرري بمشيئتك ثلاثا . وقال القاضي فيها وجهان . أحدهما : لا تطلق لما ذكرنا . والثاني : تطلق ثلاثا لأن السابق إلى الفهم من هذا الكلام إيقاع الثلاث إذا شاءتها كما لو قال له علي درهم إلا أن يقيم البينة بثالثة وخذ درهماً إلا أن تريد أكثر منه ومنه قول النبي صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار مالم يتفرقا إلا بيع الخيار » أي أن بيع الخيار ثبت الخيار فيه بعد

تفرقهما وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا أن تشائى واحدة فقالت قد شئت واحدة طلقت واحده على قول أبى بكر وعلى قولهم لا تطلق شيئا .

( فصل ) فإن قال أنت طالق لمشيئة فلان أو لرضاه أوله طلقت فى الحال لأن معناه أنت طالق لكونه قد شاء ذلك أو رضيه أو ليرضى به كقوله هو حر لوجه الله ، أى لرضى الله ، فإن قال أردت به الشرط دين ، قال القاضى يقبل فى الحكم لأنه محتمل ، فإن ذلك يستعمل للشرط كقوله أنت طالق للسنة وهذا أظهر الوجهين لأصحاب الشافعى .

( فصل ) فإن قال أنت طالق إن أحببت أو إن أردت أو إن كرهت احتمل أن يتعلق الطلاق بقولها بلسانها قد أحببت أو أردت أو كرهت لأن هذه المعانى فى القلب لا يمكن الاطلاع عليها إلا من قولها فتعلق الحكم بها كالمشيئة ويحتمل أن يتعلق الحكم بما فى القلب من ذلك ويكون اللسان دليلا عليه فعلى هذا لو أقر الزوج بوجوده وقع طلاقه وإن لم يتلفظ به ولو قالت أنا أحب ذلك ثم قالت كنت كاذبة لم تطلق وإن قال : إن كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار فأنت طالق فقالت : أنا أحب ذلك فقد سئل أحمد عنها فلم يجب فيها بشىء وفيها احتمالان .

أحدهما : لا تطلق وهو قول أبى ثور لأن المحبة فى القلب ولا توجد من أحد محبة ذلك وخبرها محبتها له كذب معلوم فلم يصلح دليلا على ما فى قلبها .

والاحتمال الثانى : أنها تطلق وهو قول أصحاب الرأى لأن ما فى القلب لا يوقف عليه إلا من لسانها فاقتضى تعليق الحكم بلفظها به كاذبة كانت أو صادقة كالمشيئة ولا فرق بين قوله إن كنت تحبين ذلك وبين قوله إن كنت تحبينه بقلبك لأن المحبة لا تكون إلا بالقلب .

(فصل) فإن قال أنت طالق إن شاء الله تعالى طلقت وكذلك إن قال عبدى حر إن شاء الله تعالى عتق نص عليه أحمد فى رواية جماعة وقال ليسا من الايمان وبهذا قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول وقتادة والزهرى ومالك والليث والأوزاعى وأبو عبيد وعن أحمد ما يدل على أن الطلاق لا يقع وكذلك العتاق وهو قول طاوس والحكم وأبى حنيفة والشافعى لأنه علقه على مشيئة لم يعلم وجودها فلم يقع كما لو علقه

على مشيئة زيد . وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحنث » رواه الترمذى وقال حديث حسن .

ولنا : ما روى أبو جمرة قال سمعت ابن عباس يقول : « إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله فهى طالق » رواه أبو حفص بإسناده وعن أبى بردة نحوه .

وروى ابن عمر وأبو سعيد قال : كنا معاشر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نرى الاستثناء جائزاً فى كل شىء إلا فى العتاق والطلاق ذكره أبو الخطاب وهذا نقل للاجماع ، وإن قدر أنه قول بعضهم ولم يعلم له مخالف فهو إجماع ، ولأنه استثناء يرفع جملة الطلاق فلم يصح كقوله أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ولأنه استثناء حكما فى محل فلم يرتفع بالمشيئة كالبيع والنكاح ، ولأنه إزالة ملك فلم يصح تعليقه على مشيئة الله كما لو قال أبرأتك إن شاء الله أو تعليق على مالا سبيل إلى علمه فأشبه تعليقه على المستحيلات ، والحديث لا حجة لهم فيه فإن الطلاق والعتاق إنشاء وليس بيمين حقيقة وإن سمى بذلك فمجاز لا تترك الحقيقة من أجله ثم إن الطلاق إنما سمى يميناً إذا كان معلقاً على شرط يمكن تركه وفعله ومجرد قوله أنت طالق ليس بيمين حقيقة ولا مجازاً فلم يمكن الاستثناء بعد يمين ، وقولهم علقه على مشيئة لا تعلم قلنا قد علمت مشيئة الله للطلاق بمباشرة الآدمى سببه قال قتادة قد شاء الله حين أذن أن يطلق ولو سلمنا أنها لم تعلم لكن قد علقه على شرط يستحيل علمه فيكون كتعليقه على المستحيلات يلغو ويقع الطلاق فى الحال .

( فصل ) فإن قال أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله فعن أحمد فيه روايتان. إحداهما : يقع الطلاق بدخول الدار ولا ينفعه الاستثناء لأن الطلاق والعتاق ليسا من الأيمان ولما ذكرناه فى الفصل الأول . والثانية : لا تتطلق وهو قول أبى عبيد لأنه إذا علق الطلاق بشرط صار يميناً وحلفا فصح الاستثناء فيه لعموم قوله عليه السلام « من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحنث » وفارق ما اذا لم يعلقه فإنه ليس بيمين فلا يدخل فى العموم .

( فصل ) فإن قال أنت طالق الا أن يشاء الله طلقت ووافق أصحاب الشافعى على هذا فى الصحيح من المذهب لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لم تعلم ،

وإن قال أنت طالق إن لم يشأ الله أو لم يشأ الله وقع أيضاً فى الحال لأن وقوع طلاقها إذا لم يشأ الله محال فلغت هذه الصفة ووقع الطلاق ويحتمل أن لا يقع بناء على تعليق الطلاق على المحال مثل قوله أنت طالق إن جمعت بين الضدين أو شربت الماء الذى فى الكوز ولا ماء فيه ، وإن قال أنت طالق لتدخلن الدار إن شاء الله لم تطلق دخلت أو لم تدخل لأنها إن دخلت فقد فعلت المحلوف عليه وإن لم تدخل علمنا أن الله لم يشأ لأنه لو شاءه لوجد فإن ما شاء الله كان وكذلك إن قال أنت طالق لا تدخلى الدار إن شاء الله لما ذكرنا ، وإن أراد بالإستثناء والشرط رده إلى الطلاق دون الدخول خرج فيه من الخلاف ماذكرنا فى المنجز وإن لم تعلم نيته فالظاهر رجوعه إلى الدخول ويحتمل أن يرجع إلى الطلاق .

( فصل ) فإن علق الطلاق على مستحيل فقال أنت طالق إن قتلت الميت أو شربت الماء الذى فى الكوز ولا ماء فيه أو جمعت بين الضدين أو كان الواحد أكثر من اثنين أو على ما يستحيل عادة كقوله إن طرت أو صعدت إلى السماء أو قلبت الحجر ذهباً أو شربت هذا النهر كله أو حملت الجبل أو شاء الميت ففيه وجهان . أحدهما : يقع الطلاق فى الحال لأنه أردف الطلاق بما يرفع جملته ويمنع وقوعه فى الحال وفى الثانى فلم يصح كاستثناء الكل كما لو قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك أو لا تنقص عدد طلاقك . والثانى : لا يقع لأنه علق الطلاق بصفة لم توجد ولأن ما يقصده تبعيده يعلق على المحال كقوله .

إذا شاب الغراب أتيت أهلى وصار القار كاللبن الحليب

أى لا آتيهم أبداً وقيل إن علقه على ما يستحيل عقلا وقع فى الحال لأنه لا وجود له فلم تعلق به الصفة وبقى مجرد الطلاق فوقع ، وإن علقه على مستحيل عادة كالطيران وصعود السماء لم يقع لأنه له وجود وقد وجد جنس ذلك فى معجزات الأنبياء عليهم السلام وكرامات الأولياء فجاز تعليق الطلاق به ولم يقع قبل وجوده ، فأما إن علق طلاقها على نفى فعل المستحيل فقال أنت طالق ان لم تقتلى الميت أو تصعدى السماء طلقت فى الحال لأنه علقه على عدم ذلك وعدمه معلوم فى الحال وفى الثانى فوقع الطلاق كما لو قال أنت طالق ان لم أبع عبدى فمات العبد وكذلك لو قال أنت طالق لأشربن الماء الذى فى الكوز ولا ماء فيه أو لأقتلن الميت وقع الطلاق فى الحال لما ذكرناه ،

وحكى أبو الخطاب عن القاضي أنه لا يقع طلاقه كما لو حلف ليصعدن السماء أو ليطيرن فإنه لا يحنث والصحيح أنه يحنث فإن الحالف على فعل الممتنع كاذب حانث قال الله تعالى ( وأقسموا بالله جهد أيمانهم لا يبعث الله من يموت ـ الى قوله ـ وليعلم الذين كفروا أنهم كانوا كاذبين ) ولو حلف على فعل متصور فصار ممتنعا حنث بذلك فلأن يحنث بكونه ممتنعا حال يمينه أولى .

( فصل ) واذا حلف لا شربت من هذا النهر فاغترف منه وشرب حنث وان حلف لا شربت من هذا الإناء فصب منه فى اناء آخر وشرب وكان الإناء كبيراً لا يمكن الشرب به حنث أيضاً ، وان كان الشرب به ممكناً لم يحنث لأن الإناء الصغير آلة للشرب فتنصرف يمينه الى الشرب به بخلاف النهر والإناء الكبير فإنه لا ينصرف يمينه الا الى الشرب من مائه ولو حلف لا يشرب من بردى فشرب من نهر يأخذ منه لم يحنث وان حلف لا يشرب من ماء بردى فشرب من نهر يأخذ منه حنث ، وذكر نحو ذلك القاضي لأن بردى اسم لمكان خاص فإذا تجاوزه إلى مكان سواه فشرب منه فما شرب من بردى ، واذا كانت يمينه على مائه فماؤه ماؤه حيث كان وأين نقل ولذلك لو حلف لا يأكل من تمر البصرة فأكله فى غيرها حنث وان اغترف من بردى باناء ونقله الى مكان آخر فشربه حنث فى المسألتين جميعاً لأن اغتراف الماء من بردى ، ولو حلف لا يشرب من ماء الفرات لم يحنث إلا بالشرب من ماء النهر المعروف بالفرات ، وإن حلف لا يشرب من ماء فرات حنث بالشرب من كل ماء عذب لأنه إذا عرفه بلام التعريف انصرف إلى النهر المعروف وإذا نكره صار للعموم فيتناول كل ما يسمى فراتا وكل عذب فرات قال الله تعالى ( وأسقيناكم ماء فراتا ) وقال ( وما يستوى البحران هذا عذب فرات وهذا ملح أجاج ) ومتى نوى يمينه المحتمل الآخر انصرف اليه ويقبل منه ذلك لأنه قريب لا تبعد ارادته .

(فصل) ولو حلف لا يشتمه ولا يكلمه فى المسجد ففعل ذلك فى المسجد والمحلوف عليه فى غيره حنث وان فعله فى غير المسجد والمحلوف عليه فى المسجد لم يحنث ولو حلف لا يضربه ولا يشجه ولا يقتله فى المسجد ففعله والحالف فى المسجد والمحلوف عليه فى غيره لم يحنث ، وان كان الحالف فى غير المسجد والمحلوف عليه فى المسجد

حنث لأن الشتم والكلام قول يستقل به القائل فلا يعتبر فيه حضور المشتوم فيوجد من الشاتم فى المسجد وإن لم يكن المشتوم فيه والكلام قول فهو كالشتم ، وسائر الأفعال المذكوره فعل متعد محله المضروب والمقتول والمشجوج فإذا كان محله فى غير المسجد كان الفعل فى غيره فيعتبر محل المفعول به ولو حلف ليقتلنه يوم الجمعة فجرحه يوم الخميس ومات يوم الجمعة فقال القاضى لا يحنث ، وإن جرحه يوم الجمعة فمات يوم السبت فقال يحنث لأنه لا يكون مقتولا حتى يموت فاعتبر يوم موته لا يوم ضربه ، ويتوجه أن يكون الحكم بالعكس فى المسألتين فيعتبر يوم جرحه لا يوم موته لأن القتل فعل القاتل ولهذا يصح الأمر به والنهى عنه ، قال الله تعالى ( اقتلوا المشركين — ولا تقتلوا أولادكم ) والأمر والنهى إنما يتوجه إلى فعل ممكن فعله وتركه وذلك فعل الآدمى من الجرح ونحوه أما الزهوق ففعل الله لا يؤمر به ولا ينهى عنه ، ولا سبيل للآدمى إلا إلى تعاطى سببه وهو شرط فى القتل فإذا وجد تبينا إن الفعل المفضى إليه كان قتلا ولذلك جاز تقديم الكفارة بعد الجرح وقبل الزهوق ولو حلف لأقتلنه فمات من جرح كان جرحه لم يبر ، ولو حلف لا يقتله لم يحنث بذلك أيضاً ، ويحتمل أن لا يبر حتى يوجد السبب والزهوق معا فى يوم الجمعة لأن القتل لا يتم إلا بسببه وشرط فاما بنسبته إلى الشرط وحده دون السبب فبعيد .

( فصل ) إذا قال من بشرتنى بقدوم أخى فهى طالق فبشرته احداهن وهى صادقة طلقت وان كانت كاذبة لم تطلق لأن التبشير خبر صدق يحصل به ما يغير البشرة من سرور أو غم ، وان أخبرته به أخرى لم تطلق لأن السرور انما يحصل بالخبر الأول فإن كانت الأولى كاذبة والثانية صادقة طلقت الثانية لأن السرور انما يحصل بخبرها فكان هو البشاره ، وان بشره بذلك اثنتان أو ثلاث أو الأربع فى دفعة واحدة طلقن كلهن لأن «من» تقع على الواحد فما زاد قال الله تعالى (فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره . ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره ) . وقال ( ومن يقنت منكن لله ورسوله وتعمل صالحا نؤتها أجرها مرتين ) ولو قال من أخبرتنى بقدوم أخى فهى طالق فقال القاضى هو كالبشارة لا تطلق الا المخبرة الأولى الصادقة دون غيرها لأن مراده خبر يحصل له به العلم بقدومه ولا يحصل ذلك بكذب ولا بغير الأول .

ويحتمل أن تطلق كل مخبرة صادقة كانت أو كاذبة أولا كان أو غيره لأن الخبر يكون صدقاً وكذباً وأولا ومكرراً وهو اختيار أبي الخطاب والأول قول القاضي ومذهب الشافعي على نحو هذا التفصيل .

( فصل ) وإن قال أول من تقوم منكن فهي طالق أو قال لعبيده أول من قام منكم فهو حر فقام الكل دفعة واحدة لم يقع طلاق ولا عتق لأنه لا أول فيهم وإن قام واحد أو واحدة ولم يقم بعده أحد احتمل وجهين . أحدهما : يقع الطلاق والعتق لأن الأول ما لم يسبقه شيء وهذا كذلك . والثاني : لا يقع طلاق ولا عتق لأن الأول ما كان بعده شيء ولم يوجد . فعلى هذا لا يحكم بوقوع ذلك ولا انتفائه حتى يتبين من قيام أحد منهم بعده فتنحل يمينه وإن قام اثنان أو ثلاثة دفعة واحدة وقام بعدهم آخر وقع الطلاق والعتق بالجماعة الذين قاموا في الأول لأن الأول يقع على الكثير والقليل قال الله تعالى ( ولا تكونوا أول كافر به )

وحكي عن القاضي فيمن قال أول من يدخل من عبيدي فهو حر فدخل اثنان دفعة واحدة ثم دخل بعدهما ثالث لم يعتق واحد منهم وهذا بعيد فإنهم قد دخل بعضهم بعد بعض ولا أول فيهم وهذا لا يستقيم إلا أن يكون قال أول من يدخل منكم وحده ولم يدخل بعد الثالث أحد فإنه لو دخل بعد الثالث أحد عتق الثالث لكونه أول من دخل وحده وإذا لم يقل وحده فإن لفظة الأول تتناول الجماعة كما ذكرنا ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « أول من يدخل الجنة فقراء المهاجرين » ،

ولو قال : آخر من يدخل منكن الدار فهي طالق فدخل بعضهن لم يحكم بطلاق واحدة منهن حتى يتبين من دخول غيرها بموته أو موتهن أو غير ذلك فتتبين وقوع الطلاق بآخرهن دخولا من حين دخلت وكذلك الحكم في العتق ،

( فصل ) وإذا حلف يميناً على فعل بلفظ عام وأراد به شيئاً خاصاً مثل أن حلف لا يغتسل الليلة وأراد الجنابة أو لا قربت لي فراشاً وأراد ترك جماعها أو قال إن تزوجت فعبدي حر وأراد امرأة معينة ، أو قال إن دخل إلى رجل أو قال أحد فامرأتي طالق وأراد رجلا بعينه أو حلف لا يأكل خبزاً يريد خبز البر أو لا يدخل

دار يريد دار فلان أو قال إن خرجت فأنت طالق يريد الخروج إلى الحمام أو قال إن مشيت وأراد استطلاق البطن فإن ذلك يسمى مشياً قال النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة « ثم تستمشين » ويقال شربت مشياً ومشواً إذا شرب دواء يمشيه فإن يمينه فى ذلك على ما نواه ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين ، قال أحمد فى الظهار فيمن قال لامرأته إن قربت لى فراشاً فأنت على كظهر أمى فجاءت فقامت على فراشه فقال أردت الجماع لا يلزمه شيء ، وقال الشافعي ومحمد بن الحسن لايقبل قوله فى الحكم فى هذا كله لأنه خلاف الظاهر .

ولنا : أنه فسر كلامه بما يحتمله فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية التوكيد .

( فصل ) وإن حلف يميناً عامة لسبب خاص وله نية حمل عليها ويقبل قوله فى الحكم لأن السبب دليل على صدقه ، وإن لم ينو شيئاً . فقد روى عن أحمد ما يدل على أن يمينه تختص بما وجد فيه السبب . وذكره الخرقى فقال فإن لم يكن له نية رجع إلى سبب اليمين وما هيجها فظاهر هذا أن يمينه مقصورة على محل السبب وهذا قول أصحاب أبي حنيفة ،

وروى عن أحمد ما يدل على أن يمينه تحمل على العموم فإنه قال فيمن قال لله على أن لا أصيد فى هذا النهر لظلم رآه فتغير حاله فقال النذر يوفى به وذلك لأن اللفظ دليل الحكم فيجب الاعتبار به فى الخصوص والعموم كما فى لفظ الشارع .

ووجه الأول أن السبب الخاص يدل على قصد الخصوص ، ويقوم مقام النية عند عدمها لدلالته عليها فوجب أن يختص به اللفظ العام كالنية . وفارق لفظ الشارع فإنه يريد بيان الأحكام فلا يختص بمحل السبب لكون الحاجة داعية إلى معرفة الحكم فى غير محل السبب . فعلى هذا لو قامت امرأته لتخرج فقال إن خرجت فأنت طالق فرجعت ثم خرجت بعد ذلك أو دعاه إنسان إلى غدائه فقال امرأتى طالق إن تغديت ثم رجع فتغدى فى منزله لم يحنث على الأول ويحنث على الثانى ، وإن حلف لعامل أن لا يخرج إلا بإذنه أو حلف بذلك على امرأته أو مملوكه فعزل العامل وطلق المرأة وباع المملوك أو حلف على وكيل فعزله خرج فى ذلك كله وجهان

( فصل ) وإن قال إن دخل دارى أحد فامرأتى طالق فدخلها هو أو قال لإنسان إن دخل دارك أحد فعبدى حر فدخلها صاحبها فقال القاضى لا يحنث لأن قرينة حال المتكلم تدل على أنه إنما يحلف على غيره ويمنع من سواه فيخرج هو من العموم بالقرينة ويخرج المخاطب من اليمين بها أيضاً ويحتمل أن يحنث أخذاً بعموم اللفظ وإعراضاً عن السبب كما فى التى قبلها .

( فصل ) وإذا قال لامرأته إن وطئتك فأنت طالق انصرفت يمينه إلى جماعها ، وقال محمد بن الحسن يمينه على الوطء بالقدم لأنه الحقيقة ، وحكى عنه أنه لو قال : أردت به الجماع لم يقبل فى الحكم .

ولنا : أن الوطء إذا أضيف إلى المرأة كان فى العرف عبارة عن الجماع ، ولهذا يفهم منه الجماع فى لفظ الشارع فى مثل قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » فيجب حمله عند الإطلاق عليه كسائر الأسماء العرفية من الظعينة والرواية وأشباههما . ولا يحنث حتى تغيب الحشفة فى الفرج ، وإن حلف ليجامعها أو لا يجامعها انصرف إلى الوطء فى الفرج ولم يحنث بالجماع دون الفرج وإن أنزل لأن مبنى الأيمان على العرف والعرف ما قلناه .

وإن حلف لافتضضتك فافتضها بأصبع لم يحنث لأن المعهود من إطلاق هذه اللفظة وطء البكر ، وإن حلف على امرأة لا يملكها أن لا ينكحها فيمينه على العقد لأن إطلاق النكاح ينصرف إليه وإن كان مالكا لها بنكاح أو ملك يمين . فهو على وطئها لأن قرينة الحال صارفه عن العقد عليها لكونها معقوداً عليها .

( فصل ) وإن قال إن أمرتك فخالفتينى فأنت طالق ثم نهاها فخالفته . فقال أبو بكر لا يحنث وهو قول الشافعى . لأنها خالفت نهيه لا أمره ، وقال أبو الخطاب يحنث إذا قصد أن لا تخالفه أو لم يكن ممن يعرف حقيقة الأمر والنهى لأنه اذا كان كذلك فإنما يريد نفى المخالفة ، ويحتمل أن تطلق بكل حال لأن الأمر بالشىء نهى عن ضده والنهى عنه أمر بضده فقد خالفت أمره ، وان قال لها أن نهيتنى عن نفع أمى فأنت طالق فقالت له لا تعطها من مالى شيئاً لم يحنث لأن اعطاءها من مالها لا يجوز ولا يجوز النفع به ، فيكون هـــذا النفع محرماً فلا يتناوله يمينه .

ويحتمل أن يحنث لأنه نفع ولفظه عام فيدخل المحرم فيـــه .

( فصل ) فإن قال لامرأته إن خرجت إلى غير الحمام فأنت طالق فخرجت إلى غير الحمام طلقت سواء عدلت إلى الحمام أولم تعدل ، وإن خرجت إلى الحمام ثم عدلت إلى غيره فقياس المذهب أنه يحنث . لأن ظاهر هـــذه اليمين المنع من غير الحمام فكيفما صارت إليه حنث كما لوخالفت لفظه ، ويحتمل أن لا يحنث . وهو قول الشافعي لأنها لم تفعل ما حلف عليه ويتناوله لفظه ، وإن خرجت إلى الحمام وغيره وجمعتهما فى القصد ففيه وجهان .

أحدهما : يحنث لأنهاخرجت إلى غيرالحمام وانضم إليه غيره فحنث بما حلف عليه كما لوحلف لايكلم زيداً فكلم زيداً وعمراً. الثانى : لايحنث لأنهاماخرجت إلى غير الحمام بل الخروج مشترك . ونقل الفضل بن زياد عن أحمد أنه سئل إذا حلف بالطلاق أن لا يخرج من بغداد إلالنزهة فخرج إلى النزهة ثم مر إلى مكة . فقال النزهة لاتكون إلى مكة فظاهر هذا أنه أحنثه ووجهه ما تقدم ، وقال فى رجل حلف بالطلاق أن لا يأتى أرمينية إلا بإذن امرأته فقالت امرأته اذهب حيث شئت فقال لا حتى تقول إلى أرمينية . والصحيح أنه متى أذنت له إذناً عاما لم يحنث . قال القاضى : وهذا من كلام أحمد محمول على أن هذا خرج مخرج الغضب والكراهة . ولو قالت هذا بطيب قلبها كان إذنا منها وله الخروج ، وإن كان بلفظ عام .

( فصل ) فإن حلف ليرحلن من هذه الدار أو ليخرجن من هذه المدينة ففعل ثم عاد إليها لم يحنث الا أن تكون نيته أو سبب يمينه يقتضى عدم الرجوع اليها لأن الحلف على الخروج والرحيل وقد فعلهما . وقد نقل عنه اسماعيل بن سعيد إذا حلف على رجل أن يخرج من بغداد فخرج ثم رجع قد مضت يمينه لا شىء عليه ونقل عنه مثنى بن جامع فيمن قال لامرأته أنت طالق ان لم ترحل من هذه الدار ان لم يدركه الموت ولم ينو شيئاً هى الى أن تموت فإن رحل لم يرجع . ومعنى هذه أنه ان أدركه الموت قبل امكان الرحيل لم يحنث ، وان أمكنه الرحيل فلم يفعل لم يحنث حتى يموت أحدهما . فيقع بهـا الطلاق فى آخر أوقات الإمكان ، وأما قوله ان رحل لم يرجع فمحمول على من كان ليمينه سبب يقتضى هجران الدار على الدوام ونقل مهنا فى رجل

قال لامرأته ان وهبت كذا فأنت طالق فإذا هي قد وهبت . قال أخاف أن يكون قد حنث قال القاضي : هذا محمول على أنه قال ان كنت وهبته وإلا فلا يحنث حتى تبتديء هبته لأن اليمين تقتضي فعلا مستقبلا يحنث به وما فعلت ما حلف عليه بعد يمينه . ونقل عنه أيضاً في رجل قال لامرأته إن رأيتك تدخلين الدار فأنت طالق فهو على نيته إن أراد أن لا تدخلها حنث وإن كان نوى إذا رآها لم يحنث حتى يراها تدخل وهو كما قال فإن مبنى اليمين على النيـــات سيما والرؤية تطلق على العـــلم كقول الله تعالى (ألم تركيف فعل ربك بعاد) ونحوه ومتى لم تكن له نية ولا سبب هناك يدل على إرادته مع الدخول بمجرده لم يحنث حتى يراها تدخل الدار لأنه الذي تناوله لفظه . ونقل عنه المروزي في رجل أقرض رجلا دراهم فحلف أن لا يقبلها ، وكان الرجل ميتاً تعطى الورثة يعني إذا مات الحالف يوفي الورثة ولا يبرأ بيمينه لأنها ليست إبراء فلا يسقط الحق بها .

(فصل) ولو قال امرأتي طالق إن كنت أملك إلا مائة وكان يملك أكثر من مائة أو أقل حنث ، فإن نوى أني لا أملك أكثر من مائة لم يحنث بملك ما دونها وإن قال إن كنت أملك أكثر من مائة فامرأتي طالق وكان يملك أقل من المائة لم يحنث لأنه صادق .

(فصل) فإن قال لامرأته ياطالق أنت طالق إن دخلت الدار طلقت واحدة بقوله ياطالق وبقيت أخرى معلقة بدخول الدار ، ولو قال أنت طالق ثلاثا ياطالق إن دخلت الدار فإن كانت له نية رجع إليها والا وقعت واحدة بالنداء . وبقيت الثلاث معلقة على دخول الدار وكذا لو قال أنت طالق يازانيه إن دخلت الدار وعاد الشرط إلى الطلاق دون القذف . وقال محمد بن الحسن يرجع الشرط اليهما في المسألتين فلا يقع بها في الحال شيء ، والاولى أن يرجع الشرط الى الخبر الذي يصح فيه التصديق والتكذيب وجرت العادة بتعليقه بالشرط بخلاف النداء والقذف الذي لا يوجد ذلك فيه .

(فصل) فإن قال لامرأته أنت طالق مريضة بالنصب أو الرفع ونوى به وصفها بالمرض في الحال ، طلقت في الحال ، وإن نوى به أنت طالق في حال مرضك لم تطلق حتى تمرض . لأن هذا حال والحال مفعول فيه كالظرف ويكون الرفع

لحنا لأن الحال منصوب وإن أطلق ونصب أنصرف إلى الحال لأن مريضة اسم نكرة جاء بعد تمام الكلام وصفاً لمعرفة فيكون حالا ، وإن رفع فالأولى وقوع الطلاق فى الحال ويكون ذلك وصفاً لطالق الذى هو خبر المبتدا وإن أسكن احتمل وجهين .

أحدهما : وقوع الطلاق فى الحال لأن قوله أنت طالق يقتضى وقوع الطلاق فى الحال فقد تيقنا وجود المقتضى وشككنا فيما يمنع حكمه فلا نزول عن اليقين بالشك .

والثانى : لا يقع إلا فى حال مرضها لأن ذكره للمرض فى سياق الطلاق يدل على تعليقه به وتأثيره فيه ولا يؤثر فيه إلا إذا كان حالا .

« مسألة » قال ( وإذا قال أنت طالق إذا قدم فلان فقدم به ميتا أو مكرهاً لم تطلق ) .

أما إذا قدم به ميتاً أو مكرهاً محمولا فلا تطلق لأنه لم يقدم إنما قدم به وهذا قول الشافعى ، ونقل عن أبى بكر أنه يحنث لأن الفعل ينسب إليه ولذلك يقال دخل الطعام البلد إذا حمل إليه ، ولو قال أنت طالق إذا دخل الطعام البلد طلقت إذا حمل اليه .

ولنا : أن الفعل ليس منه والفعل لا ينسب إلى غير فاعله إلا مجازاً والكلام عند إطلاقه لحقيقته إذا أمكن وأما الطعام فلا يمكن وجود الفعل منه حقيقة فتعين حمل الدخول فيه على مجازه ، وأما إن قدم بنفسه لإكراه فعلى قول الخرقى لا يحنث وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وقال أبو بكر يحنث وحكاه عن أحمد لأن الفعل منه حقيقة وينسب اليه قال الله تعالى ( وسيق الذين كفروا الى جهنم زمراً حتى اذا جاءوها ) ويصح أمر المكره بالفعل قال الله تعالى ( ادخلوا أبواب جهنم ) ولولا أن الفعل يتحقق منه لما صح أمره به ووجه الأول أنه بالإكراه زال اختياره فإذا وجدت الصفة منه كان كوجود الطلاق منه مكرهاً وهذا فيما اذا أطلق . وان كانت له نية حمل عليها كلامه وتقيد بها . .

(فصل) وان قدم مختاراً حنث الحالف سواء علم القادم باليمين أو جهلها ،

قال أبو بكر الخلال يقع الطلاق قولا واحداً ، وقال أبو عبد الله بن حامد ان كان القادم ممن لا يمتنع من القدوم بيمينه كالسلطان والحاج والرجل الأجنبي حنث الحالف ولا يعتبر علمه ولا جهله ، وان كان ممن يمتنع باليمين من القدوم كقرابة لهما أو لأحدهما أو غلام لأحدهما فجهل اليمين أو نسيها فالحكم فيه كما لو حلف على فعل نفسه ففعله ناسياً أو جاهلا وفى ذلك روايتان كذلك ههنا وذلك لأنه اذا لم يكن ممن تمنعه اليمين كان تعليقا للطلاق على صفة ولم يكن يمينا فأشبه ما لو علقه على طلوع الشمس ، وان كان ممن يمتنع كان يمينا فيعذر فيها بالنسيان والجهل وينبغي أن تعتبر على هذا القول نية الحالف وقرائن أحواله الدالة على قصده فإن كان قصده بيمينه منع القادم من القدوم كان يمينا وان كان قصده جعله صفة فى طلاقها مطلقة لم يكن يمينا ويستوى فيه علم القادم وجهله ونسيانه وجنونه وافاقته مثل أن يقصد طلاقها اذا حصل معها محرمها ولا يطلقها وحدها وتعتبر قرائن الاحوال فمتى علق اليمين على قدوم غائب بعيد يعلم أنه لا يعلم اليمين ولا يمتنع بها أو على فعل صغير أو مجنون أو من لا يمتنع بها لم تكن يمينا ، وان علق ذلك على فعل حاضر يعلم بيمينه ويمتنع لأجلها عن فعل ما علق الطلاق عليه كان يمينا . ومتى أشكلت الحال فينبغي أن يقع الطلاق لأن لفظه يقتضى وقوع الطلاق عند وجود هذه الصفة على العموم وانما ينصرف عن ذلك بدليل فمتى شككنا فى الدليل المخصص وجب العمل بمقتضى العموم .

( فصل ) فإن قال ان تركت هذا الصبي يخرج فأنت طالق فانفلت الصبي بغير اختيارها فخرج فإن كان نوى ان لا يخرج فقد حنث وان نوى أن لا تدعه لم يحنث نص أحمد على معنى هذا وذلك لأن اليمين اذا وقعت على فعلها فقد فعل الخروج عن غير اختيار منها فكانت كالمكره اذا لم يمكنها حفظه ومنعه ، وان نوى فعله فقد وجد وحنث وان لم تعلم نيته انصرفت يمينه الى فعلها لأنه الذى تناوله لفظه فلا يحنث الا اذا خرج بتفريطها فى حفظه أو اختيارها .

( فصل ) فإن حلف لا تأخذ حقك مني فأكره على دفعه إليه وأخذه منه قهراً حنث لأن المحلوف عليه فعل الأخذ وقد أخذه مختاراً ، وإن أكره صاحب الحق

على أخذه خرج على الوجهين فيمن أكره على القدوم ، وإن وضعه الحالف فى حجره أو بين يديه أو إلى جنبه فلم يأخذه لم يحنث لأن الأخذ ما وجد وإن أخذه الحاكم أو السلطان من الغريم فدفعه إلى المستحق فأخذه فقال القاضى لا يحنث وهو مذهب الشافعى لأنه ما أخذه منه ، وإن قال لا تأخذ حقك على حنث لأنه قد أخذ حقه الذى عليه والمنصوص عن أحمد أنه يحنث فى الصورتين قاله أبو بكر وهو الذى يقتضيه مذهبه لأن الأيمان عنده على الاسباب لا على الاسماء ، ولأنه لو وكل وكيلا فأخذه منه كان آخذا لحقه منه عرفا ويسمى آخذاً قال الله تعالى (وأخذنا منهم ميثاقا غليظا) وقال (ولقد أخذ الله ميثاق بنى اسرائيل وبعثنا منهم اثنى عشر نقيبا) وإن كانت اليمين من صاحب الحق لحلف لاأخذت حق منك فالتفريع فيها كالتى قبلها فإن تركها الغريم فى أثناء متاع فى خرج ثم دفع الخرج إلى الحالف فأخذه ولم يعلم أنها فيه لم يحنث لأن هذا ليس بمعدود أخذا ولا يبرأ به الغريم منها فإن كانت اليمين لا أعطيتك حقك فأخذه الحاكم منه كرها فدفعه إلى الغريم لم يحنث ، وإن أكرهه على دفعه إليه فدفعه خرج على الوجهين فى المكره ، وإن أعطاه باختياره حنث ، وإن وضعه فى حجره أو جيبه أو صندوقه وهو يعلم حنث لأنه أعطاه ، وإن دفعه إلى الحاكم اختياراً ليدفعه إلى الغريم فدفعه أو أخذه من ماله باختياره فدفعه إلى الغريم حنث ، وقال القاضى لا يحنث وقياس المذهب يحنث لأنه أوصله إليه مختاراً فاشبه مالو دفعه إلى وكيله واعطاه إياه ولان الأيمان على الأسباب لا على الاسماء على ماذكرناه فيما مضى .

(فصل) فإن قال إن رأيت أباك فأنت طالق فرأته ميتا أو نائما أو مغمى عليه أو رأته من خلف الزجاج أو جسم شفاف طلقت لانها رأته وإن رأت خياله فى ماء أو مرآة أو صورته على حائط أو غيره لم تطلق لأنها لم تره ، وإن أكرهت على رؤيته خرج على الوجهين .

« مسألة » قال (وإذا قال لمدخول بها أنت طالق أنت طالق لزمه تطليقتان إلا أن يكون أراد بالثانية إفهامها أن قد وقعت بها الأولى فتلزمه واحدة وإن كانت غير مدخول بها بانت بالأولى ولم يلزمها مابعدها لأنه ابتداء كلام) .

وجملة ذلك : أنه إذا قال لامرأته المدخول بها أنت طالق مرتين ونوى بالثانية إيقاع طلقة ثانية وقعت بها طلقتان بلا خلاف ، وإن نوى بها إفهامها أن الأولى قد وقعت بها أو التأكيد لم تطلق إلا مرة واحدة وإن لم تكن له نية وقع طلقتان وبه قال أبو حنيفة ومالك وهو الصحيح من قولى الشافعى ، وقال فى الآخر تطلق واحدة لأن التكرار يكون للتأكيد والإفهام ويحتمل الإيقاع فلا توقع طلقة بالشك .

ولنا : أن هذا اللفظ للايقاع ويقتضى الوقوع بدليل مالو لم يتقدمه مثله وإنما ينصرف عن ذلك بنية التأكيد والإفهام فإذا لم يوجد ذلك وقع مقتضاه كما يجب العمل بالعموم فى العام إذا لم يوجد المخصص وبالطلاق فى المطلق إذا لم يوجد المقيد ، فأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا طلقة واحدة سواء نوى الإيقاع أو غيره وسواء قال ذلك منفصلا . أو متصلا وهذا قول أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث وعكرمه والنخعى وحماد بن أبى سليمان والحكم والثورى والشافعى وأصحاب الرأى وأبى عبيد وابن المنذر ، وذكره الحكم عن على وزيد بن ثابت وابن مسعود ، وقال مالك والاوزاعى والليث يقع بها تطليقتان ، وإن قال ذلك ثلاثا طلقت ثلاثا إذا كان متصلا لأنه طاق ثلاثا بكلام متصل أشبه قوله أنت طالق ثلاثا .

ولنا أنه طلاق مفرق فى غير المدخول بها فلم تقع الاولى كما لو فرق كلامه ولأن غير المدخول بها تبين بطلقة لأنه لاعدة عليها فتصادفها الطلقه الثانية بائنا فلم يمكن وقوع الطلاق بها لأنها غير زوجة وإنما تطلق الزوجة ولأنه قول من سمينا من الصحابه ولا نعلم لهم مخالفا فى عصرهم فيكون إجماعا .

( فصل ) فإن قال أنت طالق ثم مضى زمن طويل ثم أعاد ذلك للمدخول بها طلقت ثانيه ولم يقبل قوله نويت التأكيد لان التأكيد تابع للكلام فشرطه أن يكون متصلا به كسائر التوابع من العطف والصفة والبدل .

( فصل ) وكل طلاق يترتب فى الوقوع ويأتى بعضه بعد بعض لا يقع بغير المدخول بها منه أكثر من طلقة واحدة لما ذكرناه ويقع بالمدخول بها ثلاث إذا أوقعها مثل قوله أنت طالق فطالق فطالق أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق أو أنت طالق ثم طالق وطالق أو فطالق وأشباه ذلك لأن هذه حروف تقتضي الترتيب فتقع بها

الأولى فتبينها فتأتى الثانية فتصادفها بائنا غير زوجة فلا تقع بها ، وأما المدخول بها فتأتى الثانية فتصادف محل النكاح فتقع وكذلك الثالثة ، وكذلك لو قال أنت طالق بل طالق وطالق ذكره أبو الخطاب .

ولو قال أنت طالق طلقة قبل طلقة أو بعد طلقة أو بعدها طلقة أو طلقه فطلقة أو طلقة ثم طلقة وقع بغير المدخول بها طلقة وبالمدخول بها طلقتان لما ذكرنا من أن هذا يقتضى طلقة بعد طلقة .

( فصل ) وإن قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة فكذلك ذكره القاضى . وهذا ظاهر مذهب الشافعى وقال بعضهم لا يقع بغير المدخول بها شىء بناء على قولهم فى المسألة السريجية ، وقال أبو بكر يقع طلقتان وهو قول أبى حنيفه لانه استحال وقوع الطلقة الاخرى قبل الطلقة الموقعة فوقعت معها لانها لما تأخرت عن الزمن الذى قصد إيقاعها فيه لكونه زمنا ماضيا وجب إيقاعها فى أقرب الازمنة إليه وهو معها ولا يلزم تأخرها إلى ما بعدها لان قبله زمن يمكن الوقوع فيه وهو زمن قريب فلا يؤخر إلى البعيد مع إمكان القريب .

ولنا : أن هذا طلاق بعضه قبل بعض فلم يقع بغير المدخول بها جميعه كما لو قال طلقة بعد طلقة ولا يمتنع أن يقع المتأخر فى لفظه متقدماً كما لو قال طلقة بعد طلقة أو قال أنت طالق طلقة غداً وطلقة اليوم ولو قال جاء زيد بعد عمرو أو جاء زيد وقبله عمرو أو اعط زيداً بعد عمرو كان كلاما صحيحا يفيد تأخير المتقدم لفظا عن المذكور بعده وليس هذا اطلاقاً فى زمن ماض وإنما يقع إيقاعه فى المستقبل مرتبـا على الوجه الذى رتبه ، ولو قدر أن احداهما موقعة فى زمن ماض لامتنع وقوعها وحدها ووقعت الاخرى وحدها وهذا تعليل القاضى لكونه لا يقع الا واحدة والاول من التعليل أصح ان شاء الله تعالى .

( فصل ) فإن قال أنت طالق طلقة معها طلقة وقع بها طلقتان وان قال معها اثنتان وقع بها ثلاث فى قياس المذهب وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعى . وقال أبو يوسف يقع طلقة لان الطلقة اذا وقعت مفردة لم يمكن أن يكون معها شىء .

ولنا : أنه أوقع ثلاث طلقات بلفظ يقتضى وقوعهن معاً فوقعن كلهن كما لو قال

أنت طالق ثلاثا ، ولا نسلم أن الطلقة تقع مفردة فان الطلاق لايقع بمجرد التلفظ به لو وقع بذلك لما صح تعليقه بشرط ولاصح وصفه بالثلاث ولا بغيرها ، وكذلك الحكم لو قال إذا طلقتك فأنت طالق معها طلقة ثم قال أنت طالق فانها تطلق طلقتين لما ذكرنا .

( فصل ) فإن قال أنت طالق طلقة بعدها طلقة ثم قال أردت أنى أوقع بعدها طلقة دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين ، وإن قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة ، وقال أردت أنى طلقتها قبل هذا فى نكاح آخر أو أن زوجا قبلى طلقها دين وهل يقبل فى الحكم ؟ على ثلاثة أوجه . أحدها : يقبل . والآخر : لا يقبل والثالث : يقبل إن كان وجد وإن لم يكن وجد لم يقبل . والصحيح أنه إذا لم يكن وجد لا يقبل لأنه لايحتمل ماقاله .

( فصل ) فإن قال أنت طالق طالق طالق وقال أردت التوكيد قبل منه لأن الكلام يكرر للتوكيد كقوله عليه السلام « فنكاحها باطل باطل باطل » وإن قصد الإيقاع وكرر الطلقات طلقت ثلاثا ، وإن لم ينو شيئا لم يقع إلا واحدة لأنه لم يأت بينهما بحرف يقتضى المغايرة فلا يكن متغايرات، وإن قال أنت طالق وطالق وطالق وقال أردت بالثانية التأكيد لم يقبل لإنه غاير بينها وبين الأولى بحرف يقتضى العطف والمغايرة وهذا يمنع التأكيد ، وأما الثالثة فهى كالثانية فى لفظها ، فإن قال أردت بها التوكيد دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين إحداهما : يقبل وهى مذهب الشافعى لأنه كرر لفظ الطلاق مثل الأول فقبل تفسيره بالتأكيد كما لو قال أنت طالق أنت طالق .

والثانية : لا يقبل لأن حرف العطف للمغايرة فلا يقبل مايخالف ذلك كما لا يقبل فى الثانية ولو قال أنت طالق فطالق فطالق أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق فالحكم فيها كالتى عطفها بالواو ، وإن غاير بين الحروف فقال أنت طالق وطالق ثم طالق أو طالق ثم طالق وطالق أو طالق وطالق فطالق ونحو ذلك لم يقبل فى شىء منها إرادة التوكيد لأن كل كلمة مغايرة لما قبلها مخالفة لها فى لفظها والتوكيد إنما يكون بتكرير الأول بصورته .

( فصل ) ولو قال أنت مطلقة أنت مسرحة أنت مفارقة وقال أردت التوكيد

بالثانية والثالثة قبل لأنه لم يغاير بينهما بالحروف الموضوعة المغايرة بين الألفاظ بل أعاد اللفظة بمعناها ومثل هذا يعاد توكيداً وإن قال أنت مطلقة ومسرحة ومفارقة وقال أردت التوكيد احتمل أن يقبل منه لأن اللفظ المختلف يعطف بعضه على بعض توكيداً كقوله * فألفى قولها كذبا ومينا * ويحتمل أن لا يقبل لأن الواو تقتضى المغايرة فأشبه ما لو كان بلفظ واحد .

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا قال لغير مدخول بها أنت طالق وطالق وطالق لزمه الثلاث لأنه نسق وهو مثل قوله أنت طالق ثلاثا ) .

وبهذا قال مالك والأوزاعى والليث وربيعة وابن أبى ليلى وحكى عن الشافعى فى القديم ما يدل عليه ، وقال الثورى وأبو حنيفة والشافعى وأبو ثور لا يقع إلا واحدة لأنه أوقع الأولى قبل الثانية فلم يقع عليها شىء آخر كما لو فرقها .

ولنا : أن الواو تقتضى الجمع ولا ترتيب فيها فيكون موقعا للثلاث جميعا فيقعن عليها كقوله أنت طالق ثلاثا أو طلقة معها طلقتان ، ويفارق ما إذا فرقها فإنها لا تقع جميعا وكذلك إذا عطف بعضها على بعض بحرف يقتضى الترتيب فإن الأولى تقع قبل الثانيه بمقتضى إيقاعه وههنا لا تقع الأولى حين نطقه بها حتى يتم كلامه بدليل أنه لو ألحقه استثناء أو شرطا أو صفة لحق به ولم يقع الأول مطلقاً ولو كان يقع حين تلفظه لم يلحقه شىء من ذلك ، وإذا ثبت أنه يقف وقوعه على تمام الكلام فإنه يقع عند تمام كلامه على الوجه الذى اقتضاه لفظه ، ولفظه يقتضى وقوع الطلقات الثلاث مجتمعات وهو معنى قول الخرقى لأنه نسق أى غير مفترق ، فإن قيل : إنما وقف أول الكلام على آخره مع الشرط والاستثناء لأنه مغير له ، والعطف لا يغير ، فلا يقف عليه ونتبين أنه وقع أول مالفظ به ، ولذلك لو قال لها أنت طالق أنت طالق لم يقع إلا واحدة ، قلنا : مالم يتم الكلام فهو عرضة للتغيير إما بما يخصه بزمن أو يقيده بقيد كالشرط وإما بما يمنع بعضه كالاستثناء وإما بما يبين عدد الواقع كالصفة بالعدد وأشباه هذا فيجب أن يكون واقعا ولولا ذلك لما وقع بغير المدخول بها ثلاث بحال، لأنه لو قال لها أنت طالق ثلاثا فوقعت بها طلقة قبل قوله ثلاثا لم يمكن أن يقع بها شىء آخر ، وأما إذا قال أنت طالق أنت طالق فهاتان جملتان لا تتعلق إحداهما

بالأخرى ولو تعقب إحداهما شرط أو استثناء أو صفة لم يتناول الأخرى ولا وجه لوقوف إحداهما على الأخرى والمعطوف مع المعطوف عليه شيء واحد لو تعقبه شرط لعاد إلى الجميع ، ولأن المعطوف لا يستقل بنفسه ولا يفيد بمفرده بخلاف قوله أنت طالق فإنها جملة مفيدة لا تعلق لها بالأخرى فلا يصح قياسها عليها .

( فصل ) فإن قال أنت طالق طلقتين ونصفاً فهي عندنا كالتي قبلها يقع الثلاث ، وقال مخالفونا يقع طلقتان ، وإن قال إن دخلت الدار فأنت طالق وكرر ذلك ثلاثا فدخلت طلقت ثلاثا في قول الجميع لأن الصفة وجدت فاقتضى وقوع الثلاث دفعة واحدة، وإن قال إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق فدخلت الدار طلقت ثلاثا وبه قال أبو يوسف ومحمد وأصحاب الشافعي في أحد الوجهين وقال أبو حنيفة يقع واحدة لأن الطلاق المعلق إذا وجدت الصفة يكون كأنه أوقعه في تلك الحال على صفته ولو أوقعه كذلك لم يقع إلا واحدة .

ولنا : أنه وجد شرط وقوع ثلاث طلقات غير مرتبات فوقع الثلاث كالتي قبلها، وإن قال إذا دخلت الدار فأنت طالق طلقة معها طلقتان فدخلت طلقت ثلاثا وذكر مثل هذا بعض أصحاب الشافعي ولم يحك عنهم فيه خلافا .

( فصل ) وإن قال لغير مدخول بها أنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت الدار ، أو إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق، أو إن دخلت فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت واحدة فبانت بها ولم يقع غيرها . وبهذا قال الشافعي ، وذهب القاضي إلى أنها تطلق في الحال واحدة تبين بها وهو قول أبي حنيفة في الصورة الأولى لأن ثم تقطع الأولى عما بعدها لأنها للمهلة فتكون الأولى موقعة والثانية معلقة بالشرط ، وقال أبو يوسف ومحمد لا يقع حتى تدخل الدار فيقع بها ثلاث لأن دخول الدار شرط لثلاث فوقعت كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق .

ولنا : أن ثم للعطف وفيها ترتيب فتعلقت التطليقات كلها بالدخول لأن العطف لا يمنع تعليق الشرط بالمعطوف عليه ويجب الترتيب فيها كما يجب لو لم يعلقه بالشرط وفي هذا انفصال عما ذكروه ولأن الأولى تلي الشرط فلم يجز وقوعها بدونه كما لو لم يعطف عليها، ولأنه جعل الأولى جزاء للشرط وعقبه إياها بفاء التعقيب الموضوعة للجزاء ولم يجز تقديمها عليه كسائر نظائره، ولأنه لو قال إن دخل زيد داري

فأعطه درهما لم يجز أن يعطيه قبل دخوله فكذا هنا وما ذكروه تحكم ليس له شاهد في اللغة ولا أصل في الشرع .

( فصل ) وإن قال لمدخول بها إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق لم يقع بها شيء حتى تدخل الدار فتقع بها الثلاث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وذهب القاضي إلى وقوع طلقتين في الحال وتبقى الثالثة معلقة بالدخول وهو ظاهر الفساد فإنه يجعل الشرط المتقدم للمعطوف دون المعطوف عليه ويعلق به مايبعد عنه دون ما يليه ويجعل جزاء مالم توجد فيه الفاء التي يجازى بها دون ما وجدت فيه تحكما لا يعرف عليه دليل ولا نعلم له نظيراً ، وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت ثلاثا في قولهم جميعا .

« مسألة » قال ( وإذا طلق ثلاثا وهو ينوي واحدة فهي ثلاث ) .

وجملة ذلك : أن الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا فهي ثلاث وإن نوى واحدة لا نعلم فيه خلافا لأن اللفظ صريح في الثلاث والنية لا تعارض الصريح لأنها أضعف من اللفظ ولذلك لا تعمل بمجردها والصريح قوي يعمل بمجرده من غير نية فلا يعارض القوي بالضعيف كما لا يعارض النص بالقياس ولأن النية إنما تعمل في صرف اللفظ إلى بعض محتملاته والثلاث نص فيها لا يحتمل الواحدة بحال فإذا نوى واحدة فقد نوى مالا يحتمله فلا يصح كما لو قال له علي ثلاثة دراهم وقال أردت واحدا

« مسألة » قال ( وإن طلق واحدة وهو ينوي ثلاثا فهي واحدة ) .

أما إذا قال أنت طالق واحدة ونوى الثلاث لم يقع إلا واحدة لأن لفظه لا يحتمل أكثر منها ، فإذا نوى ثلاثا فقد نوى مالا يحتمله لفظه فلو وقع أكثر من ذلك لوقع بمجرد النية ومجرد النية لايقع بها طلاق . وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يقع ثلاث لأنه يحتمل واحدة معها اثنتان. وهذا فاسد فان قوله معها اثنتان لايؤديه معنى الواحدة ولا يحتمله فنيته فيه نية مجردة فلا تعمل كما لو نوى الطلاق من غير لفظ ، وأما إذا قال أنت طالق ونوى ثلاثا فهذا فيه روايتان .

احداهما : لا يقع الا واحدة وهو قول الحسن وعمرو بن دينار والثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي لأن هذا اللفظ لا يتضمن عددا ولا بينونة فلم تقع به

الثلاث كما لو قال أنت طالق واحدة ، بيانه أن قوله أنت طالق إخبار عن صفة هى عليها فلم يتضمن العدد كقوله قائمة وحائض وطاهر .

والروايه الثانية : إذا نوى ثلاثاً وقع الثلاث وهو قول مالك والشافعى وأبى عبيد وابن المنذر لأنه لفظ لو قرن به لفظ الثلاث كان ثلاثا فإذا نوى به الثلاث كان ثلاثا كالكنايات ولأنه نوى بلفظه ما يحتمله فوقع ذلك به كالكناية وبيان احتمال اللفظ للعدد أنه يصح تفسيره به فيقول أنت طالق ثلاثا ولأن قوله طالق اسم فاعل واسم الفاعل يقتضى المصدر كما يقتضيه الفعل ، والمصدر يقع على القليل والكثير ، وفارق قوله أنت حائض وطاهر لأن الحيض والطهر لا يمكن تعدده فى حقها والطلاق يمكن تعدده .

( فصل ) فإن قال أنت طالق طلاقاً ونوى ثلاثاً وقع لأنه صرح بالمصدر والمصدر يقع على القليل والكثير فقد نوى بلفظه ما يحتمله وإن نوى واحدة فهى واحدة وإن أطلق فهى واحدة لأنه اليقين ، وإن قال أنت طالق الطلاق وقع ما نواه وإن لم ينو شيئاً فحكى فيها القاضى روايتين . إحداهما يقع الثلاث نص عليها أحمد فى رواية مهنا لأن الألف واللام للاستغراق فيقتضى استغراق الكل وهو ثلاث . والثانية : أنها واحدة لأنه يحتمل أن تعود الألف واللام إلى معهود يريد الطلاق الذى أوقعته ولأن اللام فى أسماء الأجناس تستعمل لغير الاستغراق كثيراً كقوله ومن أكره على الطلاق — وإذا عقل الصبى الطلاق — واغتسلت بالماء — وتيممت بالتراب — وقرأت العلم والحديث والفقه — وهذا مما يراد به ذلك الجنس ولا يفهم منه الاستغراق . فعند ذلك لا يحمل على التعميم إلا بنية صارفة إليه ، وهكذا لو قال لامرأته أنت الطلاق فإن أحمد قال إن أراد ثلاثاً فهى ثلاث وإن نوى واحدة فهى واحدة وإن لم ينو شيئاً فكلام أحمد يقتضى أن تكون ثلاثاً لأنه قال أنت الطلاق فهذا قد بين أى شىء بقى هى ثلاث ، وهذا اختيار أبى بكر ويخرج فيها أنها واحدة بناء على المسألة قبلها ووجه القولين ما تقدم ، ومما يبين أنه يراد بها الواحدة قول الشاعر :

فأنت الطلاق وأنت الطلاق　　وأنت الطلاق ثلاثاً تماماً

فجعل المكرر ثلاثاً ، ولو كان للاستغراق لكان ذلك تسعاً .

( فصل ) ولو قال الطلاق يلزمنى أو الطلاق لى لازم فهو صريح فإنه يقال لمن وقع طلاقه لزمه الطلاق وقالوا إذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه ، ولعلهم أرادوا لزمه حكمه فحذفوا المضاف وأقاموا المضاف إليه مقامه ثم اشتهر ذلك حتى صار من الأسماء العرفية وانغمرت الحقيقة فيه ويقع به مانواه من واحدة أو اثنتين أو ثلاث وإن أطلق ففيه روايتان وجههما ما تقدم ، وإن قال على الطلاق فهو بمثابة قوله : الطلاق يلزمنى لأن من لزمه شيء فهو عليه كالدين ، وقد اشتهر استعمال هذا فى إيقاع الطلاق ، ويخرج فيه فى حالة الإطـــلاق الروايتان هل هو ثلاث أو واحدة ؟ والأشبه فى هذا جميعه أن يكون واحدة لأن أهل العرف لا يعتقدونه ثلاثا ولا يعلمون أن الألف واللام للاستغراق ، ولهذا ينكر أحدهم أن يكون طلق ثلاثا ولا يعتقد أنه طلق إلا واحدة ، فمقتضى اللفظ فى ظنهم واحدة فلا يريدون إلا ما يعتقدونه مقتضى للفظهم فيصير كأنهم نووا الواحدة .

( فصل ) وإن قال أنت طالق للسنة طلقت واحدة فى وقت السنة ، وذهب أبو حنيفة إلى أنها تطلق ثلاثا فى ثلاثة قروء بناء منه على أن هذا هو السنة وقد بينا أن طلاق السنة طلقة واحدة فى طهر لم يصبها فيه ، وإن قال أنت طالق طلاق السنة وقعت بها واحدة فى طهر لم يصبها فيه أيضاً إلا أن ينوى الثلاث فتكون ثلاثا لانه ذكر المصدر والمصدر يقع على الكثير والقليل بخلاف التى قبلها .

( فصل ) وإن قال العجمى بهشتم لبسيار طلقت امرأته ثلاثا نص عليه أحمد لأن معناه أنت طالق كثيراً ، وإن قال بهشتم ( بالفارسية ) فحسبت طلقت واحدة إلا أن ينوى ثلاثا فتكون ثلاثا ، نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور ، وقال القاضى : يتخرج فيه روايتان بناء على قوله : أنت طالق لأن هذا صريح وذاك صريح فهما سواء ، والصحيح أنه يقع ما نواه لأن معناها خليتك ، وخليتك يقع بها ما نواه وكذا هنا وإنما صارت صريحة لشهرة استعمالها فى الطلاق وتعينها له وذلك لاينفى معناها ولا يمنع العمل به إذا أراده ، وإن قال فارقتك أو سرحتك ونوى واحدة أو أطلق فهى واحدة وإن نوى ثلاثا فهى ثلاث لأنه فعل يمكن أن يعبر به عن

القليل والكثير ، وكذلك لو قال طلقتك .

( فصل ) ولا يقع الطلاق بغير لفظ الطلاق إلا فى موضعين . أحدهما : من لا يقدر على الكلام كالأخرس إذا طلق بالإشارة طلقت زوجته وبهذا قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لأنه لا طريق له إلى الطلاق إلا بالإشارة فقامت إشارته مقام الكلام من غير نية كالنكاح فأما القادر فلا يصح طلاقه بالإشارة كما لا يصح نكاحه بها فإن أشار الأخرس بأصابعه الثلاث إلى الطلاق طلقت ثلاثا لأن إشارته جرت مجرى نطق غيره . ولو قال الناطق أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث لم يقع إلا واحدة لأن إشارته لا تكفى ، وإن قال أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث طلقت ثلاثاً لأن قوله هكذا تصريح بالتشبيه بالأصابع فى العدد وذلك يصلح بياناً كما قال النبى صلى الله عليه وسلم « الشهر هكذا وهكذا » وأشار بيده مرة ثلاثين ومرة تسعاً وعشرين وإن قال أردت الإشارة بالأصبعين المقبوضتين قبل منه لأنه يحتمل ما يدعيه .

الموضع الثانى : إذا كتب الطلاق فإن نواه طلقت زوجته وبهذا قال الشعبى والنخعى والزهرى والحكم وأبو حنيفة ومالك وهو المنصوص عن الشافعى ، وذكر بعض أصحابه أن له قولا آخر أنه لا يقع به طلاق ؛ وإن نواه لأنه فعل من قادر على التطليق فلم يقع به الطلاق كالإشارة .

ولنا : أن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق فإذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها ونواه وقع كاللفظ ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب بدلالة أن النبى صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ رسالته فحصل ذلك فى حق البعض بالقول وفى حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف ولأن كتاب القاضى يقوم مقام لفظه فى إثبات الديون والحقوق فأما إن كتب ذلك من غير نية فقال أبو الخطاب قد خرجها القاضى الشريف فى الإرشاد على روايتين . إحداهما : يقع وهو قول الشعبى والنخعى والزهرى والحكم لما ذكرنا : والثانية : لا يقع إلا بنية وهو قول أبى حنيفة ومالك ومنصوص الشافعى لأن الكتابة محتملة فإنه يقصد بها تجربة القلم وتجويد الخط وغم الأهل فلم يقع من غير نية ككنايات الطلاق فإن نوى بذلك تجويد

خطه أو تجربة قلمه لم يقع لأنه لو نوى باللفظ غير الإيقاع لم يقـع فالكتابة أولى ، وإذا ادعى ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى ، ويقبل أيضاً فى الحكم فى أصح الوجهين لأنه يقبل ذلك فى اللفظ الصريح فى أحد الوجهين فههنا مع أنه ليس بلفظ أولى ، وإن قال نويت غم أهلى فقد قال فى رواية أبى طالب فيمن كتب طلاق زوجته ونوى الطلاق وقع ، وإن أراد أن يغم أهله فقد عمل فى ذلك أيضاً يعنى أنه يؤاخذ به لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إن الله عفا لأمتى عما حدثت به أنفسها مالم تـكلم أو تعمل به » فظاهر هذا أنه أوقع الطلاق لأن غم أهله يحصل بالطلاق فيجتمع غم أهـله ووقوع طلاقه ، كما لو قال أنت طالق يريد به غمها ، ويحتمل أن لا يقع لأنه أراد غم أهـــله بتوهم الطلاق دون حقيقته فلا يكون ناوياً للطلاق ، والخبر إنما يدل على مؤاخذته بمـا نواه عند العمل به أو الـكلام ، وهذا لم ينو طلاقاً فلا يؤاخذ به .

( فصل ) وإن كتبه بشيء لا يبين مثل أن كتبه بأصبعـه على وسادة أو فى الهواء فظاهر كلام أحمـد أنه لا يقع ، وقال أبو حفص العـكبرى يقع ، ورواه الأثرم عن الشعبي لأنه كتب حروف الطلاق فأشبه ما لو كتبه بشيء يبين ، والأول أولى لأن الـكتابة التى لا تبين كالهمس بالفم بما لا يتبين وثم لا يقع فههنا أولى .

( فصل ) إذا كتب لزوجته أنت طالق ثم استمد فـكتب إذا أتاك كتابى أو علقه بشرط أو استثناء وكان فى حال كتابته للطلاق مريداً للشرط لم يقع طلاقه فى الحال لأنه لم ينو الطلاق فى الحال بل نواه فى وقت آخر ، وإن كان نوى الطلاق فى الحال غير معلق بشرط طلقت للحال وإن لم ينو شيئاً وقلنا إن المطلق يقع به الطلاق نظرنا فإن كان استمداداً لحاجة أو عادة لم يقع طلاق قبل وجود الشرط لأنه لو قال أنت طالق ثم أدركه النفس أو شيء يسكته فسكت لذلك ثم أتى بشرط تعلق به فالـكتابة أولى وإن استمد لغير حاجة ولا عادة وقع الطلاق كما لو سكت بعـــد قوله أنت طالق لغير حاجة ثم ذكر شرطاً ، وان قال انى كتبتـه مريداً للشرط فقياس قول أصحابنا أنها لا تطلق قبل الشرط الا أنه يدين ، وهل يقبـــل فى الحـكم ؟ على وجهين بناء على قولهم فيمن قال أنت طالق ثم قال أردت تعليقه على شرط وإن كتب إلى امرأته : أما بعد فأنت طالق طلقت فى الحال سواء وصل إليها

الكتاب أو لم يصل وعدتها من حين كتبه ، وإن كتب إليها إذا وصلك كتابى فأنت طالق فأتاها الكتاب طلقت عند وصوله إليها ، وإن ضاع ولم يصلها لم تطلق لأن الشرط وصوله ، وإن ذهبت كتابته بمحو أو غيره ووصل الكاغد لم تطلق لأنه ليس بكتاب ، وكذلك إن انطمس مافيه لعرق أو غيره لأن الكتابة عبارة عما فيه الكتابة ، وإن ذهبت حواشيه أو تخرق منه شيء لا يخرجه عن كونه كتاباً ووصل باقيه طلقت لأن الباقى كتاب وإن تخرق بعض مافيه الكتابة سوى مافيه ذكر الطلاق فوصل طلقت لأن الإسم باق فينصرف الإسم إليه وإن تخرق ما فيه ذكر الطلاق فذهب ووصل باقيه لم تطلق لأن المقصود ذاهب فإن قال لها إذا أتاك طلاقى فأنت طالق ثم كتب إليها إذا أتاك كتابى فأنت طالق فأتاها الكتاب طلقت طلقتين لوجود الصفتين فى مجىء الكتاب ، فإن قال أردت إذا أتاك كتابى فأنت طالق بذلك الطلاق الذى علقته دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين .

( فصل ) ولا يثبت الكتاب بالطلاق إلا بشاهدين عدلين أن هذا كتابه ، قال أحمد فى رواية حرب فى امرأة أتاها كتاب زوجها بخطه وخاتمه بالطلاق : لا تتزوج حتى يشهد عندها شهود عدول . قيل له فإن شهد حامل الكتاب ؟ قال لا إلا شاهدان فلم يقبل قول حامل الكتاب وحده حتى يشهد معه غيره لأن الكتب المثبتة للحقوق لا تثبت إلا بشاهدين ككتاب القاضى وظاهر كلام أحمد أن الكتاب يثبت عندها بشهادتهما بين يديها وإن لم يشهدا به عند الحاكم لأن أثره فى حقها فى العدة وجواز التزويج بعد انقضائها ، وهذا معنى يختص به لا يثبت به حق على الغير فاكتفى فيه بسماعها للشهادة ، ولو شهد شاهدان أن هذا خط فلان لم يقبل لأن الخط يشبه به ويزور ، ولهذا لم يقبله الحاكم ، ولو اكتفى بمعرفة الخط لاكتفى بمعرفتها له من غير شهادة .

وذكر القاضى انه لا يصح شهادة الشاهدين حتى يشاهداه يكتبه ثم لا يغيب عنهما حتى يؤديا الشهادة . وهذا مذهب الشافعى . والصحيح أن هذا ليس بشرط فإن كتاب القاضى لايشترط فيه ذلك فهذا أولى . وقد يكون صاحب الكتاب لايعرف الكتابة وإنما يستنيب فيها وقد يستنيب فيها من يعرفها بل متى أتاها بكتاب وقرأه عليها وقال هذا كتابى كان لهما أن يشهدا به .

# باب الطلاق بالحساب

« مسألة » قال ( وإذا قال لها نصفك طالق أو يدك أو عضو من أعضائك طالق أو قال لها أنت طالق نصف تطليقة أو ربع تطليقة وقعت بها واحدة ) .

الـكلام فى هذه المسألة فى فصلين . أحدهما : أنه إذا طلق جزءاً منها . والثانى : إذا طلق جزءاً من طلقة . فأما الأول فإنه متى طلق من المرأة جزءاً من أجزائها الثابتة طلقت كلها سواء كان جزءاً شائعاً كنصفها أو سدسها أو جزءاً من ألف جزء منها ، أو جزءاً معيناً كيدها أو رأسها أو أصبعها وهذا قول الحسن ومذهب الشافعى وأبى ثور وابن القاسم صاحب مالك ومذهب أصحاب الرأى إلا أنه إن أضافه إلى جزء شائع أو واحد من أعضاء خمسة : الرأس ، والوجه ، والرقبة ، والظهر ، والفرج . طلقت ، وإن أضافه إلى جزء معين غير هذه الخمسة لم تطلق لأنه جزء تبقى الجملة منه بدونه أو جزء لا يعبر به عن الجملة فلم تطلق المرأة بإضافة الطلاق إليه كالسن والظفر .

ولنـا : أنه أضاف الطلاق إلى جزء ثابت استباحه بعقد النـكاح فأشبه الجزء الشائع والأعضاء الخمسه ولأنها جملة لاتتبعض فى الحل والحرمة وجد فيها ما يقتضى التحريم والاباحه فغلب فيها حكم التحريم كما لو اشترك مسلم ومجوسى فى قتل صيد وفارق ما قاسوا عليه فإنه ليس بثابت والشعر والظفر ليس بثابت فإنهما يزولان ويخرج غيرهما ولا ينقض مسهما الطهارة .

الفصل الثانى : إذا طلقها نصف تطليقة أو جزءاً منها وإن قل ، فإنه يقع بها طلقة كاملة فى قول عامة أهل العلم إلا داود قال : لا تطلق بذلك . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أنها تطلق بذلك منهم الشعبى والحـارث العكلى والزهرى وقتادة والشافعى وأصحاب الرأى وأبو عبيد ، قال أبو عبيد وهو قول مالك وأهل الحجاز والثورى وأهل العراق وذلك لأن ذكر بعض مالا يتبعض ذكر لجميعه كما لو قال نصفك طالق .

( فصل ) فإن قال أنت طالق نصفى طلقة وقعت طلقة لأن نصفى الشىء كله وإن

قال ثلاثة أنصاف طلقة طلقت طلقتين لأن ثلاثة أنصاف طلقة طلقة ونصف فكمل النصف فصار طلقتين ، وهذا وجه لأصحاب الشافعي ، ولهم وجه آخر أنها لا تطلق إلا واحدة لأنه جعل الأنصاف من طلقة واحدة فيسقط ما ليس منها وتقع طلقة ولا يصح لأن إسقاط الطلاق الموقع من الأهل في المحل لا سبيل إليه وإنما الإضافة إلى الطلقة الواحدة غير صحيح فلغت الإضافة .

وإن قال أنت طالق نصف طلقتين طلقت واحدة لأن نصف الطلقتين طلقة ، وذكر أصحاب الشافعي وجهاً آخر أنه يقع طلقتان لأن اللفظ يقتضي النصف من كل واحدة منهما ثم يكمل ، وما ذكرناه أولى لأن التنصيف يتحقق به وفيه عمل باليقين وإلغاء للشك وإيقاع ما أوقعه من غير زيادة فكان أولى . وإن قال أنت طالق نصفي طلقتين وقعت طلقتان لأن نصفي الشيء جميعه فهو كما لو قال أنت طالق طلقتين . وإن قال أنت طالق نصف ثلاث طلقات طلقت طلقتين لأن نصفها طلقة ونصف ثم يكمل النصف فتصير طلقتين .

( فصل ) وإن قال أنت طالق نصف وثلث وسدس طلقة وقعت طلقة لأنها أجزاء الطلقة ، ولو قال : أنت طالق نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة فقال أصحابنا يقع ثلاث لأنه عطف جزءاً من طلقة على جزء من طلقة فظاهره أنها طلقات متغايرة ولأنها لو كانت الثانية هي الأولى لجاء بها بلام التعريف فقال ثلث الطلقة وسدس الطلقة ، فإن أهل العربية قالوا إذا ذكر لفظ ثم أعيد منكراً فالثاني غير الأول وإن أعيد معرفا بالألف واللام فالثاني هو الأول كقوله تعالى ( إن مع العسر يسراً ، إن مع العسر يسراً ) فالعسر الثاني هو الأول لاعادته معرفا واليسر الثاني غير الأول لاعادته منكراً . ولهذا قيل « لن يغلب عسر يسرين » وقيل لو أراد بالثانية الاولى لذكرها بالضمير لأنه الأولى .

وإن قال أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة طلقت طلقة لأنه لم يعطف بواو العطف ، فيدل على ان هذه الاجزاء من طلقة غير متغايرة ولأنه يكون الثاني ههنا بدلا من الأول والثالث من الثاني والبدل هو المبدل أو بعضه فلم يقتض المغايرة . وعلى هذا التعليل لو قال أنت طالق طلقة نصف طلقة أو طلقة طلقة لم

تطلق إلا طلقة ، فإن قال طالق نصفاً وثلثاً وسدساً لم يقع إلا طلقة لأن هذه أجزاء الطلقة إلا أن يريد من كل طلقة جزءاً فتطلق ثلاثاً .

ولو قال أنت طالق نصفاً وثلثاً وربعاً طلقت طلقتين لأنه يزيد على الطلقة نصف سدس ثم يكمل ، وإن اراد من كل طلقة جزءاً طلقت ثلاثاً ، وإن قال أنت طلقة أو أنت نصف طلقة أو أنت نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة أو أنت نصف طالق وقع بها طلقة بناء على قولنا فى أنت الطلاق أنه صريح فى الطلاق وههنا مثله .

( فصل ) فإن قال لأربع نسوة له أوقعت بينكن طلقة طلقت كل واحدة منهن طلقة ، كذلك قال الحسن والشافعى وابن القاسم وأبو عبيد وأصحاب الرأى لأن اللفظ اقتضى قسمها بينهن لكل واحدة ربعها ثم تكملت . وإن قال بينكن طلقة فكذلك نص عليه أحمد لأن معناه أوقعت بينكن طلقة ، وإن قال أوقعت بينكن طلقتين وقع بكل واحدة طلقة ذكره أبو الخطاب وهو قول أبى حنيفه والشافعى وقال أبو بكر والقاضى تطلق كل واجدة طلقتين ، ويروى عن أحمد ما يدل عليه فإنه روى عنه فى رجل قال أوقعت بينكن ثلاث تطليقات : ما أرى الا قد بن منه ، لأننا إذا قسمنا كل طلقه بينهن حصل لكل واحدة جزءان من طلقتين ثم تكمل ، والأول أولى لأنه لو قال أنت طالق نصف طلقتين طلقت واحدة ويكمل نصيبها من الطلاق فى واحدة فيكون لكل واحدة نصف ثم يكمل طلقة واحدة ، وإنما يقسم بالاجزاء مع الاختلاف كالدور ونحوها من المختلفات . أما الجمل المتساوية من جنس كالنقود فإنما تقسم برءوسها ويكمل نصيب كل واحد من واحد كأربعة لهم درهمان صحيحان فإنه يجعل لكل واحد نصف من درهم واحد والطلقات لا اختلاف فيها ولأن فيما ذكرناه أخذا باليقين فكان أولى من ايقاع طلقة زائدة بالشك ، فإن أراد قسمة كل طلقة بينهن فهو على ما قال أبو بكر ، وإن قال أوقعت بينكن ثلاث طلقات أو أربع طلقات فعلى قولنا تطلق كل واحدة طلقة وعلى قولهما يطلقن ثلاثا ثلاثا ، وإن قال أوقعت بينكن خمس طلقات وقع بكل واحدة طلقتان ، كذلك قال الحسن وقتادة والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لأن نصيب كل واحدة طلقة

وربع ثم تكمل ، وكذلك إن قال ستاً أو سبعاً أو ثمانياً ، وإن قال أوقعت بينكن تسعاً طلقن ثلاثا ثلاثا .

( فصل ) فإن قال أوقعت بينكن طلقة وطلقة وطلقة وقع بكل واحدة منهن ثلاث لأنه لما عطف وجب قسم كل طلقة على حدتها ويستوى فى ذلك المدخول بها وغيرها فى قياس المذهب لأن الواو لا تقتضى ترتيبا ، وإن قال : أوقعت بينكن نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة فكذلك لأن هذا يقتضى وقوع ثلاث على ما قدمنا . وإن قال : أوقعت بينكن طلقة فطلقة فطلقة أو طلقة ثم طلقة ثم طلقة أو أوقعت بينكن طلقة وأوقعت بينكن طلقة وأوقعت بينكن طلقة طلقن ثلاثا ، إلا التى لم يدخل بها فإنها لا تطلق إلا واحدة لأنها بانت بالأولى فلم يلحقها ما بعدها .

(فصل)فإن قال لنسائه أنتن طوالق ثلاثا أو طلقتكن ثلاثاطلقن ثلاثا ثلاثا . نص عليه أحمد . لأن قوله طلقتكن يقتضى تطليق كل واحدة منهن وتعميمهن به ثم وصف ما عمهن به من الطلاق بأنه ثلاث فصار لكل واحدة ثلاث بخلاف قوله أوقعت بينكن ثلاثا فإنه يقتضى قسمة الثلاث عليهن لكل واحدة منهن جزء منها وجزء الواحدة من الثلاث ثلاثة أرباع تطليقة .

« مسألة » قال ( وإن قال لها شعرك أو ظفرك طالق لم تطلق )

لأن الشعر والظفر يزولان ويخرج غيرهما فليس هما كالأعضاء الثابتة ، وبهذا قال أصحاب الرأى وقال مالك والشافعى تطلق بذلك ونحوه عن الحسن لأنه جزء يستباح بنكاحها فتطلق به كالأصبع .

ولنا أنه جزء ينفصل عنها فى حال السلامة فلم تطلق بطلاقه كالحمل والريق فإنه لا إخلاف فيهما وفارق الاصبع فإنها لا تنفصل فى حال السلامة ولان الشعر لا روح فيه ولاينجس بموت الحيوان ولا ينقض الوضوء مسه فأشبه العرق والريق واللبن ولان الحمل متصل بها وإنما لم تطلق بطلاقه لان مآله إلى الانفصال وهذه كذلك ، والسن فى معناهما لانها تزول من الصغير ويخلف غيرها وتنقلع من الكبير .

( فصل ) وإن أضافه إلى الريق والدمع والعرق والحمل لم تطلق لا نعلم فيه خلافاً لأن هذه ليست من جسمها وإنما الريق والدمع والعرق فضلات تخرج من جسمها فهو كلبنها، والحمل مودع فيها. قال الله تعالى (وهو الذى أنشأكم من نفس واحدة فمستقر ومستودع ) قيل مستودع فى بطن الأم ، وإن أضافه إلى الروح . فقال أبو بكر : لا يختلف قول أحمد فى الطلاق والعتاق والظهار والحرام أن هذه الأشياء لا تقع إذا ذكر أربعة أشياء : الشعر والسن والظفر والروح جرد القول عنه مهنا ابن يحي والفضل بن زياد القطان ، فبذلك أقول ووجهه أن الروح ليست عضواً ولا شيء يستمتع به .

« مسألة » قال ( وإذا لم يدر أطلق أم لا فلا يزول يقين النكاح بشك الطلاق ) .

وجملة ذلك : أن من شك فى طلاقه لم يلزمه حكمه نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعى وأصحاب الرأى لأن النكاح ثابت بيقين فلا يزول بشك . والأصل فى هذا حديث عبد الله بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه سئل عن الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء فى الصلاة فقال : لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » متفق عليه . فأمره بالبناء على اليقين واطراح الشك ، ولأنه شك طرء على يقين فوجب اطراحه كما لو شك المتطهر فى الحدث أو المحدث فى الطهارة ، والورع التزام الطلاق . فإن كان المشكوك فيه طلاقاً رجعياً راجع امرأته إن كانت مدخولا بها أو جدد نكاحها إن كانت غير مدخول بها أو قد انقضت عدتها ، وإن شك فى طلاق ثلاث طلقها واحدة وتركها لأنه إذا لم يطلقها فيقين نكاحه باق فلا تحل لغيره . وحكى عن شريك أنه إذا شك فى طلاقه طلقها واحدة ثم راجعها لتكون الرجعة عن طلقة فتكون صحيحة فى الحكم وليس بشيء لأن التلفظ بالرجعة ممكن مع الشك فى الطلاق ، ولا يفتقر إلى ما تفتقر إليه العبادات من النية ، ولأنه لو شك فى طلقتين فطلق واحده لصار شاكا فى تحريمها عليه فلا تفيده الرجعة .

« مسألة » قال (وإذا طلق فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثا اعتزلها وعليه نفقتها ما دامت فى العدة ، فإن راجعها فى العدة لزمته النفقة ولم يطأها حتى يتيقن كم الطلاق ؟ لأنه متيقن للتحريم شاك فى التحليل) .

وجملة ذلك : أنه إذا طلق وشك فى عدد الطلاق فإنه يبنى على اليقين : نص عليه أحمد فى روايه ابن منصور فى رجل لفظ بطلاق امرأته لا يدرى واحـــدة أم ثلاثا ؟ قال : أما الواحدة فقد وجبت عليه وهى عنده حتى يستيقن ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى . لأن ما زاد على القدر الذى تيقنه طلاق مشكوك فيه فلم يلزمه كما لو شك فى أصل الطلاق . وإذا ثبت هذا فإنه تبقى أحكام المطلق دون الثلاث من إباحة الرجعة ، وإذا راجع وجبت النفقة وحقوق الزوجية ، قال الخرقى : ويحرم وطؤها ، ونحوه قول مالك . إلا أنه حكى عنه أنه يلزمه الأكثر من الطلاق المشكوك فيه وقولها تيقن فى التحريم لأنه تيقن وجوده بالطلاق وشك فى رفعه بالرجعة فلا يرتفع بالشك كما لو أصاب ثوبه نجاسة وشك فى موضعها فإنه لا يزول حكم النجاسة بغسل موضع من الثوب ولا يزول إلا بغسل جميعه ، وفارق لزوم النفقة ، فإنها لا تزول بالطلقة الواحدة فهى باقية ، لأنها كانت باقية ولم يتيقن زوالها ، وظاهر قول غير الخرقى من أصحابنا أنه إذا راجعها حلت له وهو قول أبى حنيفة والشافعى وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية ابن منصور لأن التحريم المتعلق بما ينفيه يزول بالرجعة يقينا . فإن التحريم أنواع : تحريم تزيله الرجعة ، وتحريم يزيله نكاح جديد ، وتحريم يزيله نكاح بعد زوج وإصابة ، ومن تيقن الأدنى لا يثبت فيه حكم الأعلى كمن تيقن الحدث الأصغر لا يثبت فيه حكم الأكبر ويزول تحريم الصلاة بالطهاره الصغرى ، ويخالف الثوب فإن غسل بعضه لا يرفع ما تيقنه من النجاسة ، فنظير مسألتنا أن يتيقن نجاسة كم الثوب ويشك فى نجاسة سائره ، فإن حكم النجاسة فيه يزول بغسل الكم وحدها كذا ههنا ، ويمكن منع حصول التحريم ههنا ومنع يقينه ، فإن الرجعية مباحة لزوجها فى ظاهر المذهب فما هو إذاً متيقن للتحريم بل شاك فيه متيقن للاباحة .

(فصل) إذا رأى رجلان طائراً فحلف أحدهما بالطلاق أنه غراب وحلف

الآخر بالطلاق أنه حمام ، فطار فلم يعلما حاله لم يحكم بحنث واحد منهما لأن يقين النكاح ثابت ووقوع الطلاق مشكوك فيه . فإذا ادعت امرأة أحدهما حنثه فيها فالقول قوله ، لأن الأصل معه واليقين فى جانبه ، ولو كان الحالف واحداً فقال . إن كان غراباً فنساؤه طوالق ، وإن كان حماما فعبيده أحرار . أو قال : إن كان غراباً فزينب طالق وإن كان حماما فهند طالق . ولم يعلم ما هو لم يحكم بحنثه فى شىء لأنه متيقن للنكاح شاك فى الحنث فلا يزول عن يقين النكاح والملك بالشك . فأما إن قال أحد الرجلين إن كان غراباً فامرأته طالق ثلاثا ، وقال الآخر : إن لم يكن غرابا فامرأته طالق ثلاثا . فطار ولم يعلما حاله فقد حنث أحدهما لا بعينه ولا يحكم به فى حق واحد منهما بعينه بل تبقى فى حقه أحكام النكاح من النفقة والكسوة والسكنى لأن كل واحد منهما يقين نكاحه باق ووقوع طلاقه مشكوك فيه. فأما الوطء فذكر القاضى أنه يحرم عليهما لأن أحدهما حانث بيقين وامرأته محرمة عليه وقد أشكل فحرم عليهما جميعاً كما لو حنث فى إحدى امرأتيه لا بعينها ، وقال أصحاب الرأى والشافعى : لا يحرم على واحد منهما وطء امرأته لأنه محكوم ببقاء نكاحه ولم يحكم بوقوع الطلاق عليه ، وفارق الحانث فى إحدى امرأتيه لأنه معلوم زوال نكاحه عن إحدى زوجتيه قلنا إنما تحقق حنثه فى واحدة غير معينة ، وبالنظر الى كل واحدة مفردة فيقين نكاحها باق وطلاقها مشكوك فيه ، ولكن لما تحققنا إن إحداهما حرام ولم يمكن تمييزها حرمتا عليه جميعا وكذلك ههنا قد علمنا أن أحد هذين الرجلين قد طلقت امرأته وحرمت عليه وتعذر التمييز فيحرم الوطء عليهما ويصير كما لو تنجس أحد الإناءين لا بعينه فإنه يحرم استعمال كل واحد منهما سواء كانا لرجلين أو لرجل واحد . وقال مكحول يحمل الطلاق عليهما جميعاً ومال إليه أبو عبيد فإن ادعى كل واحد منهما أنه علم الحال وأنه لم يحنث دين فيما بينه وبين الله تعالى ، ونحو هذا قال عطاء والشعبي والزهرى والحارث العكلى والثورى والشافعى ، لأن كل واحد منهما يمكن صدقه فيما ادعاه ، وإن أقر كل واحد منهما أنه الحانث طلقت زوجتاهما بإقرارهما على أنفسهما ، وإن أقر أحدهما حنث وحده ، وإن ادعت امرأة أحدهما عليه الحنث فأنكر فالقول قوله ، وهل يحلف ؟ يخرج على روايتين .

( فصل ) فإن قال أحدهما إن كان هذا غراباً فعبدى حر ، وقال الآخر : إن لم

يكن غراباً فعبدى حر فطار ولم يعلما حاله لم نحكم بعتق واحد من العبدين ، فإن اشترى أحدهما عبد صاحبه بعد أن أنكر حنث نفسه عتق الذى اشتراه ، لأن إنكاره حنث نفسه اعتراف منه بحنث صاحبه وإقرار بعتق الذى اشتراه ، وإذا اشترى من أقر بحريته عتق عليه ، وإن لم يكن منه إنكار ولا اعتراف فقد صار العبدان فى يده وأحدهما حر ولم يعلم بعينه ، ويرجع فى تعيينه إلى القرعة ، وهذا قول أبى الخطاب ، وذهب القاضى إلى أنه يعتق الذى اشتراه فى الموضعين لأن تمسكه بعبده اعتراف منه برقه وحرية صاحبه ، وهذا مذهب الشافعى .

ولنا : أنه لم يعترف لفظاً ولا فعل ما يلزم منه الاعتراف ، فإن الشرع يسوغ له إمساك عبده مع الجهل استناداً إلى الأصل ، فكيف يكون معترفا مع تصريحه بأنى لا أعلم الحر منهما ؟ وإنما اكتفينا فى ابقاء رق عبده باحتمال الحنث فى حق صاحبه ، فإذا صار العبدان له وأحدهما حر لا بعينه صار كأنهما كانا له فحلف بعتق أحدهما وحده فيقرع بينهما حينئذ ، ولو كان الحالف واحداً فقال : إن كان غراباً فعبدى حر ، وان لم يكن غراباً فأمتى حرة ولم يعلم حاله فإنه يقرع بينهما فيعتق أحدهما . فإن ادعى أحدهما أنه الذى عتق أو ادعى كل واحد منهما ذلك فالقول قول السيد مع يمينه .

( فصل ) وان قال ان كان غرابا فهذه طالق وان لم يكن غرابا فهذه الأخرى طالق فطار ولم يعلم حاله فقد طلقت احداهما فيحرم عليه قربانهما ويؤخذ بنفقتهما حتى تبين المطلقة منهما لأنهما محبوستان عليه لحقه ، وذهب أصحابنا الى أنه يقرع بينهما فتخرج بالقرعة المطلقة منهما كقولنا فى العبيد ، والصحيح أن القرعة لا مدخل لها ههنا لما سنذكره فيما اذا طلق واحدة وأنسيها وهو قول أكثر أهل العلم فعلى هذا يبقى التحريم فيهما الى أن يعلم المطلقة منهما ويؤخذ بنفقتهما ، فإن قال هذه التى حنثت فيها حرمت عليه ويقبل قوله فى حل الأخرى ، فإن ادعت التى لم يعترف بطلاقها انها المطلقة فالقول قوله لأنه منكر وهل يحلف ؟ يخرج على روايتين .

(فصل) فإن قال ان كان غرابا فنساؤه طوالق وان لم يكن غرابا فعبيده أحرار وطار ولم يعلم حاله منع من التصرف فى الملكين حتى يتبين وعليه نفقة الجميع فإن قال كان غراباً طلق نساؤه ورق عبيده فإن ادعي أنه لم يكن غراباً ليعتقوا فالقول

قوله . وهل يحلف ؟ يخرج على روايتين ، وإن قال لم يكن غرابا عتق عبيده ولم تطلق النساء ، فإن ادعين أنه كان غرابا ليطلقن فالقول قوله وفى تحليفه وجهان ، وكل موضع قلنا يستحلف فنكل عن اليمين قضى عليه بنكوله ، وإن قال لا أعلم ما الطائر ؟ فقياس المذهب أن يقرع بينهما فإن وقعت القرعة على الغراب طلق النساء ورق العبيد وإن وقعت على العبيد عتقوا ولم تطلق النساء . وهذا قول أبي ثور ، وقال أصحاب الشافعى إن وقعت القرعة على العبيد عتقوا وإن وقعت على النساء لم يطلقن ولم يعتق العبيد لأن القرعة لها مدخل فى العتق لكون النبي صلى الله عليه وسلم « أقرع بين العبيد الستة » ولا مدخل لها فى الطلاق لأنه لم ينقل مثل ذلك فيه ولا يمكن قياسه على العتق لأن الطلاق حل قيد النكاح والقرعة لاتدخل فى النكاح والعتق حل الملك والقرعة تدخل فى تمييز الأملاك . قالوا ولا يقرع بينهم إلا بعد موته ويمكن أن أن يقال على هذا أن مالا يصلح للتعيين فى حق الموروث لا يصلح فى حق الوارث كما لو كانت اليمين فى زوجتين ولأن الإماء محرمات على الموروث تحريما لا تزيله القرعة فلم ينجز للوارث بها كما لو تعين العتق فيهن .

« مسألة » قال ( وإذا قال لزوجاته إحداكن طالق ولم ينو واحدة بعينها أقرع بينهن فأخرجت بالقرعة المطلقة منهن ) .

وجملته : إنه إذا طلق امرأة من نسائه لا بعينها فإنها تخرج بالقرعة نص عليه فى رواية جماعة ، وبه قال أبو الحسن وأبو ثور . وقال قتادة ومالك يطلقن جميعا، وقال حماد بن أبى سليمان والثورى وأبو حنيفة والشافعى له أن يختار أيتهن شاء فيوقع عليها الطلاق لأنه يملك إيقاعه ابتداء وتعيينه فإذا أوقعه ولم يعينه ملك تعيينه لأنه استيفاء ما ملكه .

ولنا : أن ما ذكرناه مروى عن على وابن عباس رضى الله عنهما ولا مخالف لها فى الصحابة ، ولأنه إزالة ملك بنى على التغليب والسراية فتدخله القرعة كالعتق وقد ثبت الأصل بكون النبي صلى الله عليه وسلم أقرع بين العبيد الستة ولأن الحق لواحد غير معين فوجب تعيينه بالقرعة كالحرية فى العبيد إذا أعتقهم فى مرضه ولم يخرج جميعهم من الثلث وكالسفر بإحدى نسائه والبداية بإحداهن فى القسم وكالشريكين إذا اقتسما ، ولأنه طلق واحدة من نسائه لا يعلم عينها فلم يملك تعيينها

باختياره كالمنسية ، وأما الدليل على أنهن لا يطلقن جميعاً أنه أضاف الطلاق إلى واحدة فلم يطلق الجميع كما لو عينها، قولهم إنه كان يملك الإيقاع والتعيين قلنا : ملكه للتعيين بالإيقاع لا يلزمه أن يملكه بعده كما لو طلق واحدة بعينها وأنسيها ، وأما إن نوى واحدة بعينها طلقت وحدها لأنه عينها بنيته فأشبه ما لو عينها بلفظه ، وإن قال إنما أردت فلانة قبل منه لأنه يحتمل ما قاله ، وإن مات قبل القرعة والتعيين أقرع الورثة بينهن فمن وقعت عليها قرعة الطلاق فحكمها فى الميراث حكم ما لو عينها بالتطليق .

( فصل ) وإذا قال لنسائه إحداكن طالق غداً فجاء غد طلقت واحدة منهن وأخرجت بالقرعة ، فإن مات قبل الغد ورثته كلهن ، وإن ماتت إحداهن ورثها لأنها ماتت قبل وقوع الطلاق ، فإذا جاء غد أقرع بين الميتة والأحياء فإن وقعت القرعة على الميتة لم يطلق شيء من الأحياء وصارت كالمعينة بقوله أنت طالق غداً ، وقال القاضى قياس المذهب أن يتعين الطلاق فى الأحياء فلو كانتا اثنتين فماتت إحداهما طلقت الأخرى كما لو قال لامرأته وأجنبية إحداكما طالق وهو قول أبى حنيفة . والفرق بينهما ظاهر فإن الأجنبية ليست محلا للطلاق وقت قوله فلا ينصرف قوله إليها وهذه قد كانت محلا للطلاق وإرادتها بالطلاق ممكنة وإرادتها بالطلاق كإرادة الأخرى وحدوث الموت بها لا يقتضى فى حق الأخرى طلاقاً فتبقى على ما كانت عليه والقول فى تعليق العتق كالقول فى تعليق الطلاق وإذا جاء غد وقد باع بعض العبيد أقرع بينه وبين العبيد الأخر ، فإن وقعت على المبيع لم يعتق شيء منه ، وعلى قول القاضى ينبغى أن يتعين العتق فى الباقين ، وكذلك ينبغى أن يكون مذهب أبى حنيفة والشافعى . لأن له تعيين العتق عندهم بقوله ، فبيع أحدهم صرف للعتق عنه فيتعين فى الباقين ، وإن باع نصف العبد أقرع بينه وبين الباقين ، فإن وقعت قرعه العتق عليه عتق نصفه وسرى إلى باقيه إن كان المعتق موسراً وإن كان معسراً لم يعتق إلا نصفه .

( فصل ) وإذا قال امرأتى طالق وأمتى حرة وله نساء وإماء ونوى بذلك معينة انصرف إليها ، وإن نوى واحدة مبهمة فهى مبهمة فيهن ، وإن لم ينو شيئاً فقال

أبو الخطاب يطلق نساؤه كلهن ويعتق إماؤه لأن الواحد المضاف يراد به الكل كقوله تعالى ( وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها ) و ( أحل لكم ليلة الصيام ) ولأن ذلك يروى عن ابن عباس ، وقال الجماعة يقع على واحدة مبهمة وحكمه حكم مالو قال إحداكن طالق وإحداكن حرة لأن لفظ الواحد لا يستعمل فى الجمع إلا مجازاً والكلام لحقيقته ما لم يصرفه عنها دليل ، ولو تساوى الاحتمالان لوجب قصره على الواحدة لأنها اليقين فلا يثبت الحكم فيما زاد عليها بأمر مشكوك فيه وهذا أصح والله أعلم .

« مسألة » قال ( وإذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها أخرجت بالقرعة )

أكثر أصحابنا على أنه إذا طلق امرأة من نسائه وأنسيها أنها تخرج بالقرعة فيثبت حكم الطلاق فيها ويحل له الباقيات ، وقد روى اسماعيل بن سعيد عن أحمد ما يدل على أن القرعة لا تستعمل ههنا لمعرفة الحل وإنما تستعمل لمعرفة الميراث فإنه قال سألت أحمد عن الرجل يطلق امرأة من نسائه ولا يعلم أيتهن طلق ؟ قال أكره أن أقول فى الطلاق بالقرعة . قلت أرأيت إن مات هذا ؟ قال أقول بالقرعة وذلك لأنه تصير القرعة على المال ، وجماعة من روى عنه القرعة فى المطلقة المنسية إنما هو فى التوريث ، فأما فى الحل فلا ينبغى أن يثبت بالقرعة وهذا قول أكثر أهل العلم فالكلام إذن فى المسألة فى شيئين : أحدهما : فى استعمال القرعة فى المنسية للتوريث والثانى : فى استعمالها فيها للحل ، أما الأول فوجهه : ما روى عبد الله بن حميد قال : « سألت أبا جعفر عن رجل قدم من خراسان وله أربع نسوة قدم البصرة فطلق إحداهن ونكح ثم مات لا يدرى الشهود أيتهن طلق ؟ فقال قال على رضى الله عنه أقرع بين الأربع وأنذر منهن واحدة وأقسم بينهن الميراث » ولأن الحقوق إذا تساوت على وجه لا يمكن التمييز إلا بالقرعة صح استعمالها كالشركاء فى القسمة والعبيد فى الحرية ، وأما القرعة فى الحل فى المنسية فلا يصح استعمالها لأنه اشتبهت عليه زوجته بأجنبية فلم تحل له إحداهما بالقرعة كما لو اشتبهت بأجنبية لم يكن له عليها عقد ولأن القرعة لا تزيل التحريم من المطلقة ولا ترفع الطلاق عمن وقع عليه ، ولاحتمال كون المطلقة غير من خرجت عليها القرعة ولهذا لو ذكر أن المطلقة

غيرها حرمت عليه ، ولو ارتفع التحريم أو زال الطلاق لما عاد بالذكر فيجب بقاء التحريم بعد القرعة كما كان قبلهـــا ، وقد قال الخرقى فيمن طلق امرأته فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثا ؟ ومن حلف بالطلاق أن لا يأكل تمرة فوقعت فى تمر فأكل منه واحدة : لا تحل له امرأته حتى يعلم أنها ليست التى وقعت عليها اليمين فحرمها مع أن الأصل بقاء النكاح ولم يعارضه يقين التحريم فههنا أولى . وهكذا الحكم فى كل موضع وقع الطلاق على امرأة بعينها ثم اشتبهت بغيرها مثل أن يرى امرأته فى روزنة أو مولية فيقول أنت طالق ولا يعلم عينهـا من نسائه وكذلك إذا وقع الطلاق على إحدى نسائه فى مسألة الطائر وشبههـا فإنه يحرم جميع نسائه عليه حتى تتبين المطلقة ويؤخذ بنفقة الجميع لأنهن محبوسات عليه وإن أقرع بينهن لم تفد القرعة شيئا ولا يحل لمن وقعت عليهـا القرعة التزوج لأنها يجوز أن تكون غير المطلقة ولا يحل للزوج غيرها لاحتمال أن تكون المطلقة . وقال أصحابنـا إذا أقرع بينهن فخرجت القرعة على إحداهن ثبت حكم الطلاق فيها فحل لها النكاح بعد قضاء عدتها ، وحل للزوج من سواها كما لو كان الطلاق فى واحدة غير معينة واحتجوا بما ذكرنا من حديث على ولأنهـا مطلقة لم تعلم بعينها فأشبه مالو قال إحداكن طالق ، ولأنه إزالة أحد الملكين المبنيين على التغليب والسراية أشبه العتق ، والصحيح إن شاء الله أن القرعة لا تدخل ههنا لمـا قدمنا ، وفارق ما قاسوا عليه فإن الحق لم يثبت لواحد بعينه فجعل الشرع القرعة معينة فإنها تصلح للتعيين وفى مسألتنا الطلاق واقع فى معينة لا محالة والقرعة لا ترفعه عنها ولا توقعه على غيرها ولا يؤمن وقوع القرعة على غيرها واحتمال وقوع القرعة على غيرها كاحتمال وقوعها عليها بل هو أظهر فى غيرها فإنهن إذا كن أربعا فاحتمال وقوعه فى واحدة منهن بعينهـا أندر من احتمال وقوعه فى واحدة من ثلاث ، ولذلك لو اشتبهت أخته بأجنبية أو ميتة بمذكاة أو زوجته بأجنبية أو حلف بالطلاق لا يأكل تمرة فوقعت فى تمر وأشباه ذلك ممـا يطول ذكره لا تدخله قرعة فكذا ههنا ، وأما حديث على فهو فى الميراث لا فى الحل . وما نعلم بالقول بها فى الحل من الصحابة قائلا .

( فصل ) فعلى قول أصحابنا إذا ذكر أن المطلقة غير التى وقعت عليها القرعة فقد تبين أنها كانت محرمة عليـــه ويكون وقوع الطلاق من حين طلق لا من حين ذكر ، وقوله فى هذا مقبول لأنه يقر على نفسه وترد إليه التى خرجت عليها القرعة لأننا تبينا أنها غير مطلقة ، والقرعة ليست بطلاق لا صريح ولا كناية فإن لم تكن تزوجت ردت إليه وقبل قوله فى هذا لأنه أمر من جهته لا يعرف إلا من قبله إلا أن تكون قد تزوجت أو يكون بحكم حاكم لأنها إذا تزوجت تعلق بها حق الزوج الثانى فلا يقبل قوله فى فسخ نكاحه . والقرعة من جهة الحاكم بالفـــرقة لا يمكن الزوج رفعها فتقع الفرقة بالزوجين . قال أحمد فى رواية الميمونى إذا كان له أربع نسوة فطلق واحدة منهن ولم يدر أيتهن طلق يقرع بينهن فإن أقرع بينهن فوقعت القرعة على واحدة ثم ذكر التى طلق فقال هذه ترجع إليه والتى ذكر أنه طلق يقع الطلاق عليها فإن تزوجت فهذا شيء قد مر فإن كان الحاكم أقرع بينهن فلا أحب أن ترجع إليه لأن الحاكم فى ذلك أكبر منه ، وقال أبوبكر وابن حامد متى أقرع ثم قال بعد ذلك إن المطلقة غيرها وقع الطلاق بهما جميعاً ولا ترجع إليه واحدة منهما لان التى عينها بالطلاق تحرم بقوله وترثه إن مات ولا يرثها . ويجيء على قياس قولهما أن تلزمه نفقتها ولا يحل وطؤها .

( فصل ) فإن قال هذه المطلقة قبل منه ، وإن قال هذه المطلقة بل هـذه طلقتا لأنه أقر بطلاق الأولى فقبل إقراره ثم قبل إقراره بطلاق الثانية ولم يقبل رجوعه عما أقر به من طلاق الاولى وكذلك لو كن ثلاثاً فقال هذه بل هذه بل هذه طلقن كلهن وإن قال هذه أو هذه بل هذه طلقت الثانية وإحدى الاولتين ، وإن قال طلقت هذه بل هذه أو هذه طلقت الاولى وإحدى الاخريين ، وإن قال أنت طالق وهذه أوهذه ، فقال القاضى : هى كذلك وذكر أنه قول الكسائى .

وقال محمد بن الحسن : تطلق الثانية ويبقى الشك فى الاولى والثالثة ، وجه الاول : أنه عطف الثانية على الاولى بغير شك ثم فصل بين الثانية والثالثـــة بحرف الشك فيكون الشك فيهما ، ولو قال طلقت هذه أو هذه وهذه طلقت الثالثة ، وكان الشك فى الاولين . ويحتمـل فى هاتين المسألتين أن يكون الشك فى الجميـع لانه فى الاولى

أتى بحرف الشك بعدهما فيعود إليهما ، وفى المسألة الثانية عطف الثالثة على الشك . فعلى هذا إذا قال طلقت هذه وهذه أو هذه طولب بالبيان ، فإن قال هى الثالثة طلقت وحدها ، وإن قال لم أطلقها طلقت الأولتان ، وإن لم يبين أقرع بين الأولتين والثالثة ، قال القاضى فى المجرد وهذا أصح ، وإن قال طلقت هذه أو هذه وهذه أخذ بالبيان ، فإن قال هى الأولى طلقت وحدها ، وإن قال ليست الأولى طلقت الأخريان كما لو قال طلقت هذه أو هاتين وليس له الوطء قبل التعيين فإن وطىء لم يكن تعيينا ، وإن ماتت إحداهما لم يتعين الطلاق فى الأخرى وقال أبو حنيفة يتعين الطلاق فى الأخرى لأنها ماتت قبل ثبوت طلاقها .

ولنا : أن موت إحداهما أو وطأها لا ينفى احتمال كونها مطلقة فلم يكن تعييناً لغيرها كمرضها ، وإن قال طلقت هذه وهذه أو هذه وهذه فالظاهر أنه طلق اثنتين لا يدرى أهما الأولتان أم الآخرتان كما لو قال طلقت هاتين أو هاتين فإن قال هما الأولتان تعين الطلاق فيهما ، وإن قال لم أطلق الأولتين تعين الآخرتان ، وإن قال إنما أشك فى طلاق الثانية والآخرتين طلقت الأولى وبقى الشك فى الثلاث ومتى فسر كلامه بشىء محتمل قبل منه .

« مسألة » قال ( فإن مات قبل ذلك أقرع الورثة وكان الميراث للبواقى منهن ) .

نص أحمد على هذا . وقال أبو حنيفة : يقسم الميراث بينهن كلهن لأنهن تساوين فى احتمال استحقاقه ولا يخرج الحق عنهن . وقال الشافعى : يوقف الميراث المختص بهن حتى يصطلحن عليه لأنه لا يعلم المستحق منهن . ووجه قول الخرقى قول على رضى الله عنه ولأنهن قد تساوين ولا سبيل إلى التعيين فوجب المصير إلى القرعة كمن أعتق عبيداً فى مرضه لا مال له سواهم ، وقد ثبت الحكم فيهم بالنص ولأن توريث الجميع توريث لمن لا يستحق يقينا والوقف لا إلى غاية حرمان لمن يستحق يقينا والقرعة يسلم بها من هذين المحذورين ولها نظير فى الشرع .

( فصل ) فإن مات بعضهن أو جميعهن قرعنا بين الجميع فمن خرجت القرعة لها حرمناه ميراثها . وإن مات بعضهن قبله وبعضهن بعده وخرجت القرعة لميتة

قبله حرمناه ميراثها ، وإن خرجت لميتـــة بعده حرمناها ميراثه والباقيات يرثهن ويرثنه . فإن قال الزوج بعد موتها هذه التي طلقتها أو قال فى غير المعينة هذه التى أردتها حرم ميراثها لأنه يقر على نفسه ويرث الباقيات سواء صدقه ورثتهن أو كذبوه لأن علم ذلك إنما يعرف من جهته، ولأن الأصل بقاء النكاح بينهما وهم يدعون طلاقه لها والأصل عدمه ، وهل تستحلف على ذلك ؟ فيه روايتان . فإن قلنـــا يستحلف فنكل حرمناه ميراثها لنكوله ولم يرث الأخرى لإقراره بطلاقها فإن مات فيقال ورثته لإحداهن هذه المطلقة فأقرت أو أقر ورثتها بعد موتها حرمناها ميراثه وإن أنكرت أو أنكر ورثتها فقياس ما ذكرناه أن القول قولها لأنها تدعى بقاء نكاحها وهم يدعون زواله والأصل معها فلا يقبل قولهم عليها إلا ببينة وإن شهد اثنان من ورثته أنه طلقها قبلت شهادتهما إذا لم يكونا ممن يتوفر عليهما ميراثها ولا على من لا تقبل شهادتهما له كأمهما وجدتهما لأن ميراث إحدى الزوجات لا يرجع إلى ورثة الزوج وإنما يتوفر على ضرائرها ، وإن ادعت إحدى الزوجات أنه طلقها طلاقا تبين به فأنكرها فالقول قوله وإن مات لم ترثه لإقرارها بأنها لا تستحق ميراثه فقبلنا قولها فيما عليها دون مالها وعليها العدة لأننا لم نقبل قولها فيما عليها ، وهذا التفريع فيما إذا كان الطلاق بينها ، فأما إن كان رجعياً ومات فى عدتها أو ماتت ورث كل واحد منهما صاحبه .

( فصل ) وإذا كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثم نكح أخرى بعد قضاء عدتها ثم مات ولم يعلم أيتهن طلق فللتي تزوجها ربع ميراث النسوة . نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أهل العلم ثم يقرع بين الأربع فأيتهن خرجت قرعتها خرجت وورث الباقيات . نص عليه أحمـــد أيضاً ، وذهب الشعبي والنخعي وعطاء والخراسانى وأبو حنيفه إلى أن الباقين بين الأربع ، وزعم أبو عبيد أنه قول أهل الحجاز وأهل العراق جميعاً . وقال الشافعى يوقف الباقي بينهن حتى يصطلحن . ووجه الأقوال ماتقدم . وقال أحمد فى رواية ابن منصور فى رجل له أربع نسوة طلق واحدة منهن ثلاثا وواحدة اثنتين وواحدة واحدة ومات على أثر ذلك ولايدرى أيتهن طلق ثلاثا وأيتهن طلق اثنتين وأيتهن واحده يقرع بينهن فالتي أبانها تخرج ولا ميراث

لها ، هذا فيما إذا مات فى عدتهن وكان طلاقه فى صحته فإنه لايحرم الميراث إلا المطلقة ثلاثا فالباقيتان رجعيتان يرثنه فى العدة ويرثهن ومن انقضت عدتها منهن لم ترثه ولم يرثها ولو كان طلاقه فى مرضه الذى مات فيه لورثه الجميع فى العدة ، وفيما بعدها قبل التزويج روايتان .

( فصل ) إذا طلق واحدة من نسائه لا يعينها أو يعينها فأنسيها فانقضت عدة الجميع فله نكاح خامسة قبل القرعة ، وخرج ابن حامد وجها فى أنه لا يصح نكاح الخامسة لأن المطلقة فى حكم نسائه بالنسبة إلى وجوب الإنفاق عليها وحرمة النكاح فى حقها ولا يصح لأننا علمنا أن منهن واحدة بائنا منه ليست فى نكاحه ولا فى عدة من نكاحه فكيف تكون زوجته ؟ وإنما الإنفاق عليها لأجل حبسها ومنعها من التزوج بغيره لأجل اشتباهها ، ومتى علمناها بعينها إما بتعيينه أو قرعة فعدتها من حين طلقها لامن حين عينها . وذكر أبو حنيفه وبعض أصحاب الشافعى أن عدتها من حين التعيين . وهذا فاسد فان الطلاق وقع حين إيقاعه وثبت حكمه فى تحريم الوطء وحرمان الميراث من الزوج وحرمانه منها قبل التعيين فكذلك العدة وإنما التعيين تبين لما كان واقعاً ، وإن مات الزوج قبل البيان فعلى الجميع عدة الوفاة فى قول الشعبى والنخعى وعطاء الخرسانى . قال أبو عبيد : وهو قول أهل الحجاز والعراق لان كل واحدة منهن يحتمل أنها باقية على النكاح والأصل بقاؤه فتلزمها عدته ، والصحيح أنه يلزم كل واحدة أطول الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق ، لكن عدة الطلاق من حين طلق وعدة الوفاه من حين موته لأن كل واحدة منهن يحتمل أن يكون عليها عدة الوفاة ويحتمل أنها المطلقه فعليها عدة الطلاق فلا تبرأ يقيناً إلا بأطولها وهذا فى الطلاق البائن فأما الرجعى فعليها عدة الوفاة بكل حال لأن الرجعية زوجة .

( فصل ) إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فأنكرها فالقول قوله لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق إلا أن يكون لها بما ادعته بينة ولا يقبل فيه إلا عدلان ونقل ابن منصور عن أحمد أنه سئل أتجوز شهادة رجل وامرأتين فى الطلاق ؟ قال لا والله إنما كان كذلك لأن الطلاق ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال فى غالب الأحوال فلم يقبل فيه إلا عدلان كالحدود والقصاص فإن لم تكن

بينة فهل يستحلف ؟ فيه روايتان نقل أبو الخطاب أنه يستحلف وهو الصحيح لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه » وقوله « اليمين على من أنكر » ولأنه يصح من الزوج بذله فيستحلف فيه كالمهر ونقل أبو طالب عنه لا يستحلف فى الطلاق والنكاح لأنه لا يقضى فيه بالنكول فلا يستحلف فيه كالنكاح إذا ادعى زوجيتها فأنكرته ، وإن اختلفا فى عدد الطلاق فالقول قوله لما ذكرناه ، فإذا طلق ثلاثا وسمعت ذلك وانكر أو ثبت ذلك عندها بقول عدلين لم يحل لها تمكينه من نفسها وعليها أن تفر منه ما استطاعت وتمتنع منه إذا أرادها وتفتدى منه إن قدرت . قال أحمد لا يسعها أن تقيم معه ، وقال أيضاً تفتدى منه بما تقدر عليه فإن أجبرت على ذلك فلا تزين له ولا تقربه وتهرب إن قدرت ، وإن شهد عندها عدلان غير متهمين فلا تقيم معه ، وهذا قول أكثر أهل العلم قال جابر بن زيد وحماد بن أبى سليمان وابن سيرين : تفر منه ما استطاعت وتفتدى منه بكل ما يمكن ، وقال الثورى وأبو حنيفه وأبو يوسف وأبو عبيد تفــر منه ، وقال مالك لاتتزين له ولا تبدى له شيئاً من شعرها ولا عريتها ولا يصيبها إلا وهى مكرهة ، وروى عن الحسن والزهرى والنخعى يستحلف ثم يكون الإثم عليه ، والصحيح ما قاله الأولون لأن هذه تعلم أنها أجنبية منه محرمة عليه فوجب عليها الامتناع والفرار منه كسائر الاجنبيات . وهكذا لو ادعى نكاح أمرأة كذبا واقام بذلك شاهدى زور فحكم له الحاكم بالزوجية ، ولو تزوجها تزويجا باطلا وسلمت إليه بذلك فالحكم فى هذا كله كالحكم فى المطلقة ثلاثا .

( فصل ) ولو طلقها ثلاثا ثم جحد طلاقها لم ترثه ، نص عليه أحمد وبه قال قتاده وأبو حنيفه وأبو يوسف والشافعى وابن المنذر ، وقال الحسن ترثه لأنها فى حكم الزوجات ظاهراً .

ولنا : أنها تعلم أنها أجنبية فلم ترثه كسائر الأجنبيات ، وقال أحمد فى رواية أبى طالب : تهرب منه ولا تتزوج حتى يظهر طلاقها وتعلم ذلك يجىء فيدعيها فترد عليه وتعاقب ، وإن مات ولم يقر بطلاقها لاترثه لاتأخذ ماليس لها تفرمنه ولاتخرج من البلد ، ولكن تختفى فى بلدها . قيل له : فإن بعض الناس قال : تقتله هى بمنزلة

من يدفع عن نفسه فلم يعجبه ذلك فمنعها من التزويج قبل ثبوت طلاقها لأنها فى ظاهر الحكم زوجة هذا المطلق ، فإذا تزوجت غيره وجب عليها فى ظاهر الشرع العقوبة والرد إلى الأول ، ويجتمع عليها زوجان هذا بظاهر الأمر وذاك بباطنه ، ولم يأذن لها فى الخروج من البلد لأن ذلك يقوى التهمة فى نشوزها ، ولأن فى قتله قصداً لأن الدافع عن نفسه لا يقتل قصداً ، فأما إن قصدت الدفع عن نفسها فآل إلى نفسه فلا إثم عليها ولا ضمان فى الباطن ، فأما فى الظاهر فإنها تؤخذ بحكم القتل مالم يثبت صدقها .

( فصل ) قال أحمد : إذا طلقها ثلاثا فشهد عليه أربعة أنه وطئها ، أقيم عليه الحد إنما أوجبه لأنها صارت بالطلاق أجنبية فهى كسائر الأجنبيات ، بل هى أشد تحريماً لأنها محرمة وطئاً ونكاحاً ، فإن جحد طلاقها ووطئها ثم قامت البينة بطلاقه فلا حد عليه ، وبهذا قال الشعبي ومالك وأهل الحجاز والثورى والأوزاعى وربيعة والشافعى وأبو ثور وابن المنذر لأن جحده لطلاقه يوهمنا أنه نسيه وذلك شبهة فى درء الحد عنه ولا سبيل لنا إلى علم معرفته بالطلاق حالة وطئه إلا بإقراره بذلك فإن قال : وطئتها عالماً بأنى كنت طلقتها ثلاثا كان إقراراً منه بالزنا فيعتبر فيه مايعتبر فى الإقرار بالزنا .

« مسألة » قال ( وإذا طلق زوجة أقل من ثلاث فقضت العدة ثم تزوجت غيره ثم أصابها ثم طلقها أو مات عنها وقضت العدة ثم تزوجها الأول فهى عنده على ما بقى من الثلاث ) .

وجملة ذلك : أن المطلق إذا بانت زوجته منه ثم تزوجها لم يخل من ثلاثة أحوال أحدها أن تنكح غيره ويصيبها ثم يتزوجها الأول ، فهذه ترجع إليه على طلاق ثلاث بإجماع أهل العلم قاله ابن المنذر . والثانى : أن يطلقها دون الثلاث ثم تعود اليه برجعة أو نكاح جديد قبل زوج ثان ، فهذه ترجع اليه على مابقى من طلاقها بغير خلاف نعلمه ، والثالث : طلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره ، ثم تزوجها الأول فعن أحمد فيها روايتان . إحداهما : ترجع إليه على ما بقى من طلاقها وهذا قول الأكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر وعلى

وأبي معاذ وعمران بن حصين وأبي هريرة . وروى ذلك عن زيد وعبد الله بن عمرو ابن العاص ، وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة والحسن ومالك والثورى وابن أبي ليلى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ومحمد بن الحسن وابن المنذر .

والرواية الثانية : عن أحمد أنها ترجع إليه على طلاق ثلاث ، وهذا قول ابن عمر وابن عباس وعطاء والنخعى وشريح وأبى حنيفة وأبى يوسف ، لأن وطء الزوج الثانى مثبت للحل فيثبت حلا يتسع لثلاث تطليقات كما بعد الثلاث لأن الوطء الثانى يهدم الطلقات الثلاث . فأولى أن يهدم ما دونها .

ولنا : أن وطء الثانى لا يحتاج إليه فى الإحلال للزوج الأول ، فلا يغير حكم الطلاق كوطء السيد ولأنه تزويج قبل استيفاء الثلاث فأشبه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثانى ، وقولهم : إن وطء الثانى يثبت الحل لا يصح لوجهين . أحدهما : منع كونه مثبتاً للحل أصلا وإنما هو فى الطلاق الثلاث غاية للتحريم بدليل قوله تعالى ( فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ) وحتى للغاية ، وإنما سمى النبي صلى الله عليه وسلم الزوج الذى قصد الحيلة محللا تجوزاً بدليل أنه لعنه ، ومن أثبت حلا لا يستحق لعنا . والثانى : أن الحل إنما يثبت فى محل فيه تحريم وهى المطلقة ثلاثا وههنا هى حلال له فلا يثبت فيها حل . وقولهم : إنه يهدم الطلاق .

قلنا : بل هو غاية لتحريمه وما دون الثلاث لا تحريم فيها فلا يكون غاية له .

« مسألة » قال ( وإذا كان المطلق عبداً وكان طلاقه اثنتين ، لم تحل له زوجته حتى تنكح زوجا غيره حرة كانت الزوجة أو مملوكة لأن الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ) .

وجملة ذلك : أن الطلاق معتبر بالرجال ، فإن كان الزوج حراً فطلاقه ثلاث ، حرة كانت الزوجة أو أمة ، وإن كان عبداً فطلاقه اثنتان حرة كانت زوجته أو أمة ، فإذا طلق اثنتين حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره . روى ذلك عن عمر وعثمان وزيد وابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعى وإسحاق وابن المنذر ، وقال ابن عمر : أيهما رق نقص الطلاق برقه ، فطلاق العبد اثنتان ، وإن كان تحته حرة ، وطلاق الأمة اثنتان وإن كان زوجها حراً . وروى عن

علي وابن مسعود : أن الطلاق معتبر بالنساء ، فطلاق الأمة اثنتان حراً كان الزوج أو عبداً ، وطلاق الحرة ثلاث حراً كان زوجها أو عبداً . وبه قال الحسن وابن سيرين وعكرمة وعبيدة ومسروق والزهري والحكم وحماد والثوري وأبو حنيفة لما روت عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « طلاق الأمة تطليقتان وقرؤها حيضتان » رواه أبو داود وابن ماجه ، ولأن المرأة محل للطلاق فيعتبر بها كالعدة .

ولنا : أن الله تعالى خاطب الرجال بالطلاق فكان حكمه معتبراً بهم ، ولأن الطلاق خالص حق الزوج وهو مما يختلف بالرق والحرية فكان اختلافه به كعدد المنكوحات ، وحديث عائشة قال أبو داود : راويه مظاهر بن أسلم وهو منكر الحديث ، وقد أخرجه الدار قطني في سننه عن عائشة . قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « طلاق العبد اثنتان فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، وقرء الأمة حيضتان ، وتتزوج الحرة على الأمة ولا تتزوج الأمة على الحرة » وهذا نص ولأن الحر يملك أن يتزوج أربعاً فملك طلقات ثلاث كما لو كان تحته حرة ولا خلاف في أن الحر الذي زوجته حرة طلاقه ثلاث ، وأن العبد الذي تحته أمة طلاقه ثنتان ، وإنما الخلاف فيما إذا كان أحد الزوجين حراً والآخر رقيقاً .

( فصل ) قال أحمد : المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وطلاقه وأحكامه كلها أحكام العبيد . وهذا صحيح ، فإنه جاء في الحديث « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » ولأنه يصح عتقه ولا ينكح إلا اثنتين ، ولا يتزوج ولا يتسرى إلا بإذن سيده وهذه أحكام العبيد فيكون طلاقه كطلاق سائر العبيد .

وقد روى الأثرم في سننه عن سليمان بن يسار « أن نفيعاً مكاتب أم سلمة طلق امرأة حرة تطليقتين ، فسأل عثمان وزيد بن ثابت عن ذلك ، فقالا : حرمت عليك ؟ والمدبر كالعبد القن في نكاحه وطلاقه وكذلك المعلق عتقه بصفة لأنه عبد فتثبت فيه أحكام العبيد .

( فصل ) قال أحمد في رواية محمد بن الحكم : العبد إذا كان نصفه حراً ونصفه عبداً يتزوج ثلاثا ويطلق ثلاث تطليقات ، وكذلك كلما تجزأ بالحساب إنما جعل

له نكاح ثلاث لأن عدد المنكوحات يتبعض فوجب أن يتبعض فى حقه كالحد ، فلذلك كان له أن ينكح نصف ما ينكح الحر ونصف ما ينكح العبد وذلك ثلاث ، وأما الطلاق فلا يمكن قسمته فى حقه ، لأن مقتضى حاله أن يكون له ثلاثة أرباع الطلاق وليس له ثلاثة أرباع فكمل فى حقه ، ولأن الأصل إثبات الطلقات الثلاث فى حق كل مطلق ، وإنما خولف فيمن كمل الرق فى حقه ففيمن عداه يبقى على الأصل .

( فصل ) إذا طلق العبد زوجته اثنتين ثم عتق لم تحل له زوجته حتى تنكح زوجاً غيره لأنها حرمت عليه بالطلاق تحريماً لا ينحل إلا بزوج وإصابة ، ولم يوجد ذلك فلا يزول التحريم ، وهذا ظاهر المذهب . وقد روى عن أحمد : أنه يحل له أن يتزوجها وتبقى عنده على واحدة ، وذكر حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم فى المملوكين « إذا طلقها تطليقتين ثم عتقا فله أن يتزوجها » وقال لا أرى شيئاً يدفعه وغير واحد يقول به أبو سلمه وجابر وسعيد بن المسيب ، ورواه الإمام أحمد فى المسند وأكثر الروايات عن أحمد الأول ، وقال : حديث عثمان وزيد فى تحريمها عليه جيد ، وحديث ابن عباس يرويه عمرو بن مغيث ولا أعرفه .

وقد قال ابن المبارك : من أبو حسن هذا ؟ لقد حمل صخرة عظيمة ، منكراً لهذا الحديث . قال أحمد : أما أبو حسن فهو عندى معروف ولكن لا أعرف عمرو ابن مغيث ، قال أبو بكر : إن صح الحديث فالعمل عليه ، وإن لم يصح فالعمل على حديث عثمان وزيد وبه أقول ، قال أحمد : ولو طلق عبد زوجته الأمة تطليقتين ، ثم عتق واشتراها لم تحل له ، ولو تزوج وهو عبد فلم يطلقها أو طلقها واحدة ثم عتق فله عليها ثلاث تطليقات أو طلقتان إن كان طلقها واحدة ، لأنه فى حال الطلاق حر . فاعتبر حالة حينئذ كما يعتبر حال المرأة فى العدة حين وجودها ، ولو تزوجها وهو حر كافر فسبي واسترق ثم أسلما جميعاً لم يملك إلا طلاق العبيد اعتباراً بحاله حين الطلاق ، ولو طلق فى كفره واحدة وراجعها ثم سبي واسترق لم يملك إلا طلقة واحدة ، ولو طلقها فى كفره طلقتين ثم استرق فأراد التزويج بها جاز وله طلقة واحدة لأن الطلقتين وقعتا غير محرمتين فلا يعتبر حكمهما بما يطرأ بعدهما ، كما أن الطلقتين من العبد لما أن وقعتا محرمتين لم يعتبر ذلك بالعتق بعدهما .

« مسألة » قال ( وإذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين طلقت بثلاث ) .

نص أحمد على هذا فى رواية مهنا ، وقال أبو عبد الله بن حامد : تقع طلقتان لأن معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين وذلك طلقة ونصف ، ثم تكمل فتصير طلقتين وقيل بل لأن النصف الثالث من طلقتين محال ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

ولنا . أن نصف الطلقتين طلقة وقد أوقعه ثلاثا ، فيقع ثلاث كما لو قال : أنت طالق ثلاث طلقات ، وقولهم : معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين تأويل يخالفه ظاهر اللفظ فإنه على ما ذكروه يكون ثلاثة أنصاف طلقة ، وينبغى أن يكون ثلاثة أنصاف طلقتين مخالفة لثلاثة أنصاف طلقة ، وقولهم إنه محال . قلنا : وقوع نصف الطلقتين عليها ثلاث مرات ليس بمحال فيجب أن يقع .

( فصل ) فإن قال أنت طالق ملء الدنيا ونوى الثلاث وقع الثلاث ، وإن لم ينو شيئا أو نوى واحدة فهى واحدة ، قال أحمد فيمن قال لامرأته أنت طالق ملء البيت فإن أراد الغلظة عليها يعنى يريد أن تبين منه فهى ثلاث . فاعتبر نيته فدل على أنه إذا لم ينو يقع واحدة وذلك لأن الوصف لايقتضى عدداً وهذا لا نعلم فيه خلافا إلا أن الواحدة إذا وقعت كانت رجعية وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة وأصحابه تكون بائنا لأنه وصف الطلاق بصفة زائدة تقتضى الزيادة عليها وذلك هو البينونة .

ولنا : أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير استيفاء عدد ولا عوض فكان رجعياً كقوله أنت طالق . وما ذكروه لا يصح لأن الطلاق حكم فإذا ثبت ثبت فى الدنيا كلها فلا يقتضى ذلك زيادة ، وإن قال أنت طالق أشد الطلاق وأغلظه أو أطول الطلاق أو أعرضه أو أقصره أو مثل الجبل أو مثل عظم الجبل ولا نية له وقعت طلقة رجعية وبهذا قال الشافعى .

وقال أبو حنيفة فى جميعها يقع بائنا ، وقال صاحباه إن قال مثل الجبل كانت رجعية ، وإن قال مثل عظم الجبل كانت بائنا ، ووجه القولين ما تقدم . ولأنه لايملك إيقاع البينونة فإنها حكم وليس ذلك إليه وإنما تثبت البينونة بأسباب معينة كالخلع والطلاق الثلاث والطلاق قبل الدخول فيملك مباشرة سببها فيثبت وإن أراد إثباتها

بدون ذلك لم يثبت ، ويحتمل أن يكون أشد الطلاق عليه أو عليها وأغلظ لتعجابهما أولحب أحدهما صاحبه ومشقة فراقه عليه فلم يقع أمر زائد بالشك ، وإن قال أنت طالق أقصى الطلاق أو أكبره فكذلك فى قياس المذهب . ويحتمل أن يكون أقصى الطلاق ثلاثا لأن أقصاه آخره وآخر الطلاق الثالثه ومن ضرورة كونها ثالثة وقوع اثنتين ، وإن قال أتم الطلاق أو أكمله فواحدة إلا أنها تكون سنية لأنها أكمل الطلاق وأتمه .

( فصل ) وإن قال أنت طالق أكثر الطلاق أو كله أو جميعه أو منتهاه أو مثل عدد الحصى أو الرمل أو القطر طلقت ثلاثا لأن هذا يقتضى عددا ولأن الطلاق أقل وأكثر فأقله واحدة وأكثره ثلاث ، وإن قال كعدد التراب أو الماء وقع ثلاث ، وقال أبو حنيفة يقع واحدة بائنا لأن الماء والتراب من أسماء الأجناس لاعدد له .

ولنا : أن الماء تتعدد أنواعه وقطراته والتراب تتعدد أنواعه وأجزاؤه فأشبه الحصى ، وإن قال يامائة طالق أو أنت مائة طالق طلقت ثلاثا وإن قال أنت طالق كمائة أوألف فهى ثلاث . قال أحمدفيمن قال أنت طالق كألف تطليقة فهى ثلاث وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعى . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : إن لم تكن له نية وقعت واحدة لأنه لم يصرح بالعدد وإنما شبهها بالألف وليس الموقع للشبه به .

ولنا : أن قوله « كألف » تشبيه بالعدد خاصه لأنه لم يذكر إلا ذلك فوقع العدد كقوله أنت طالق كعدد ألف وفى هذا انفصال عما قال . وإن قال أردت أنها طلقة كألف فى صعوبتها دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين .

( فصل ) وإن قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث وقع طلقتان وبهذا قال أبو حنيفة لأن ما بعد الغاية لايدخل فيها كقوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) وانما يدخل اذا كانت بمعنى « مع » وذلك خلاف موضوعها وقال زفر يقع طلقة لأن ابتداء الغاية ليس منها كقوله بعتك من هذا الحائط الى هذا الحائط . وقال أبو يوسف ومحمد يقع الثلاث لأنه نطق بها فلم يجز الغاؤها .

ولنا : أن ابتداء الغاية يدخل كما لوقال خرجت من البصرة فإنه يدل على أنه كان فيها وأما انتهاء الغاية فلا يدخل بمقتضى اللفظ ولو احتمل دخوله وعدم دخوله لم نجز

الطلاق بالشك . وإن قال أنت طالق ما بين واحدة وثلاث وقعت واحدة لأنها التى بينهما .

( فصل ) فإن قال أنت طالق طلقه فى اثنتين أو واحدة فى اثنتين ونوى به ثلاثا فهى ثلاث لأنه يعبر بـ «فى» عن مع كقوله ( ادخلى فى عبادى) فتقدير الكلام أنت طالق طلقة مع طلقتين ، فإذا أقر بذلك على نفسه قبل منه . وإن قال أردت واحدة قبل أيضاً حاسباً كان أو غير حاسب . وقال القاضى إذا كان عارفاً بالحساب لم يقبل منه ووقع طلقتان لأنه خلاف ما اقتضاه اللفظ .

ولنا : أنه فسر كلامه بما يحتمله فإنه لا يبعد أن يريد بكلامه ما يريده العامى ، وإن لم تكن له نية وكان عارفا بالحساب وقع طلقتان ، وقال القاضى إن أطلق لم يقع إلا واحدة لأن لفظ الايقاع إنما هو بلفظ الواحدة وما زاد عليها لم يحصل فيه لفظ الايقاع ، وإنما يقع الزائد بالقصد فاذا خلا عن القصد لم يقع إلا ما أوقعه ، وقال بعض أصحابه كقولنا ، وقال أبو حنيفه لا يقع إلا واحدة سواء قصد به الحساب أو لم يقصد إذا لم يقصد به واحدة مع اثنتين لأن الضرب إنما يصح فيما له مساحة فأما ما لا مساحة له فلا حقيقة فيه للحساب ، وإنما حصل منه الايقاع فى واحدة فوقعت دون غيرها .

ولنا . أن هذا اللفظ موضوع فى إصطلاحهم لاثنتين فاذا لفظ به وأطلق وقع كما لو قال أنت طالق اثنتين . وبهذا يحصل الانفصال عما قاله الشافعى فان اللفظ الموضوع لا يحتاج معه إلى نيه، فأما ما قاله أبو حنيفه فانما ذلك فى وضع الحساب فى الأصل ثم صار مستعملا فى كل ماله عدد فصار حقيقة فيه ، فأما الجاهل بمقتضى ذلك فى الحساب إذا أطلق وقعت طلقة واحدة لأن لفظ الايقاع إنما هو لفظة واحدة وإنما صار مصروفا إلى الاثنتين بوضع أهل الحساب واصطلاحهم فمن لا يعرف اصطلاحهم لا يلزمه مقتضاه كالعربى ينطق بالطلاق بالعجمية وهو لا يعرف معناها ، ولم يفرق أصحابنا فى ذلك بين أن يكون المتكلم بذلك ممن لهم عرف فى هذا اللفظ أولا . والظاهر أنه إن كان المتكلم بذلك ممن عرفهم أن فى ههنا بمعنى مع وقع به ثلاث لأن كلامه يحمل على عرفهم والظاهر منه إرادته وهو المتبادر إلى الفهم من كلامه ،

فان نوى موجبه عند أهل الحساب فقال القاضي لا يلزمه مقتضاه كالعربي ينطق بالطلاق بالعجمية ولا يعرف معناها وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه إذا لم يكن يعرف موجبه فلم يقصد إيقاعه ولا يصح منه قصد مالا يعرفه .

( فصل ) فان قال أنت طالق طلقة بل طلقتين وقع طلقتان نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعي يقع ثلاثا في أحد الوجهين لأن قوله أنت طالق إيقاع فلا يجوز إيقاع الواحدة مرتين فيدل على أنه أوقعها ثم أراد رفعها وأوقع اثنتين آخرتين فتقع الثلاث .

ولنا : أن ما لفظ به قبل الاضراب بعض ما لفظ به بعده فلم يلزمه أكثر مما بعده كقوله على درهم بل درهمان . وقولهم لا يجوز إيقاع ما أوقعه ، قلنا يجوز أن يخبر بوقوعه مع وقوع غيره فلا يقع الزائد بالشك . قال أحمد فان قال أنت طالق لا بل أنت طالق هي واحدة وهذا اختيار أبي بكر واختار القاضي أنه يقع طلقتان لأنه أراد رفع الأولى وإيقاع الثانية فلم ترتفع الأولى ووقعت الثانية .

ووجه الأول . أنه لو قال له على درهم بل درهم لزمه درهم واحد كذا ههنا ، فعلى هذا القول إن نوى بقوله بل أنت طالق طلقة أخرى وقع اثنتان لأنه قصد إيقاع طلقتين بلفظين فوقع كما لو قال أنت طالق أنت طالق . وذكر القاضي احتمالا آخر أنه لا يقع إلا طلقة لأن اللفظ موضوع لواحدة فلا يصح أن ينوى به اثنتين قال أحمد ولو كان له امرأتان فقال لإحداهما أنت طالق ثم قال للأخرى لا بل أنت طالق طلقتا جميعاً ووجهه أنه أوقع طلاق الأولى ثم أضرب عنه وأوقع طلاق الأخرى فوقع بها ولم يرتفع عن الأولى وفارق ما إذا قال ذلك لواحدة لأن الطلقة يجوز أن تكون هي الثانية كرر الإخبار بها ، ولا يجوز في المرأتين أن يكون طلاق إحداهما هو طلاق الأخرى ونظيره في الاقرار ما لو قال له على درهم بل درهم لزمه درهم ولو قال له على درهم بل دينار لزماه جميعاً .

ولو قال أنت طالق واحدة بل هذه ثلاثا طلقت الاولى واحدة والثانية ثلاثا ولو قال لامرأة غير مدخول بها أنت طالق واحدة بل ثلاثا طلقت واحدة لانها بانت بالاولى فلم يقع بها ما بعدها ، وإن قال أنت طالق واحدة بل ثلاثا إن دخلت

الدار ونوى تعليق الجميع بدخول الدار تعلق ، وإن نوى تعلق الثلاث حسب وقعت الواحدة فى الحال وإن أطلق ففيه وجهان . أحدهما : يتعلق الجميع بالشرط لأنه بعدهما فيعود إليهما . والثانى : تقع الواحدة فى الحال وتبقى الثلاث معلقة بدخول الدار لأنه إنما ذكر الشرط عقيبها فتختص به .

وإن قال أنت طالق إن دخلت الدار بل هذه فدخلت الأولى طلقتا وإن دخلت الثانيه لم تطلق واحدة منهما ، فإن قال أردت أن الثانية تطلق إن دخلت الدار قبل منه لأنه محتمل لما قاله ، وإن قال أردت أنك تطلقين إذا دخلت الثانية الدار قبل منه لأنه محتمل لما قاله وكان طلاق الأولى وحدها معلقاً على دخول كل واحدة منهما .

( فصل ) إذا قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك أو طالق لا أو طالق طلقة لا ينقص بها عدد طلاقك أو طالق لا شيء أو ليس بشيء طلقت واحدة لأن ذلك رفع لجميع ما اوقعه فلم يصح كاستثناء الجميع ، وإن قال ذلك خبراً فهو كذب لأن الواحدة إذا أوقعها وقعت وهذا مذهب الشافعى ولا نعلم فيه مخالفاً ، وإن قال أنت طالق أو لا؟ لم يقع لأن هذا استفهام فإذا اتصل به خرج من أن يكون لفظاً لإيقاع ويخالف ما قبل ذلك فإنه إيقاع ويحتمل أن يقع لأن لفظه لفظ الإيقاع لا لفظ الاستفهام لكون الاستفهام يكون بالهمزة أو نحوها فيقع ما أوقعه ولا يرتفع بما ذكره بعده كالتى قبلها ، وإن قال أنت طالق واحدة أو لا فكذلك ، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وهو قياس قول الشافعى ، وقال محمد يقع واحدة لأن قوله أولا يرجع إلى ما يليه من اللفظ وهو واحدة دون لفظ الايقاع وليس بصحيح لأن الواحدة صفة للطلقة الواقعة فما اتصل بها يرجع إليها فصار كقوله أنت طالق أو لا شيء .

( فصل ) فإن قال أنت طالق بعد موتى أو موتك أو مع موتى أو موتك لم تطلق نص عليه أحمد وبه قال الشافعى ولا نعلم فيه مخالفاً لأنها تبين بموت أحدهما فلا يصادف الطلاق نكاحاً يزيله ، وإن تزوج أمة أبيه ثم قال إذا مات أبى فأنت طالق فمات أبوه لم يقع الطلاق اختاره القاضى لأنه بالموت يملكها فينفسخ نكاحها بالملك وهو زمن الطلاق فلم يقع كما لو قال أنت طالق مع موتى واختار أبو الخطاب أنه

يقع لأن الموت سبب ملكها وطلاقها وفسخ النكاح يترتب على الملك فيوجد الطلاق في زمن الملك السابق على الفسخ فيثبت حكمه ، وإن قال إن اشتريتك فأنت طالق ثم اشتراها خرج على الوجهين ، وإن قال الأب إذا مت فأنت حرة ، وقال الابن : إذا مات أبي فأنت طالق وكانت تخرج من الثلث ثم مات الأب وقع العتق والطلاق معاً وإن لم تخرج من الثلث فإن بعضها ينتقل إلى الورثة فيملك الابن جزءاً منها ينفسخ به النكاح فيكون كملك جميعها في فسخ النكاح ومنع وقوع الطلاق فإن أجاز الورثة عتقها فذكر بعض أهل العلم أن هذا ينبني على الإجازة هل هي تنفيذ أو عطيه مبتدأة ؟ فإن قلنا هي عطية مبتدأة فقد انفسخ النكاح قبلها فلم يقع الطلاق وإن قلنا هي تنفيذ لما فعل السيد وقع الطلاق . وهكذا إن أجاز الزوج وحده عتق ابيه . فإن كان على الأب دين يستغرق تركته لم يعتق والصحيح أن ذلك لا يمنع نقل التركة إلى الورثة فهو كما لو لم يكن عليه دين في فسخ النكاح ، وإن كان الدين لا يستغرق التركة وكانت تخرج من الثلث بعد أداء الدين عتقت وطلقت ، وإن لم يخرج من الثلث لم تعتق كلها فيكون حكمها في فسخ النكاح ومنع الطلاق كما لو استغرق الدين التركة وإن اسقط الغريم الدين بعد الموت لم يقع الطلاق لأن النكاح انفسخ قبل إسقاطه .

(فصل في مسائل تنبني على نية الحالف وتأويله) إذا قال إن لم تخبريني بعدد حب هذه الرمانة فأنت طالق ، أو أكل تمراً فقال إن لم تخبريني بعدد ما أكلت فأنت طالق ولم تعلم ذلك فإنها تعد له عدداً يعلم أنه قد أتى على عدد ذلك مثل أن يعلم عدد ذلك ما بين مائة إلى ألف فتعد ذلك كله ولا يحنث إذا كانت نيته ذلك ، وإن نوى الاخبار بكميته من غير نقص ولا زيادة لم يبرأ إلا بذلك . وإن أطلق فقياس المذهب أنه لا يبرأ إلا بذلك أيضاً ، لأن ظاهر حال الحالف إرادته فتنصرف يمينه إليه كالأسماء العرفية التي تنصرف اليمين إلى مسماها عرفاً دون مسماها حقيقة ولو أكل تمراً فقال إن لم تميزي نوى ما أكلت من نوى ما أكلت فأنت طالق فأفردت كل نواة وحدها فالقول فيها كالتي قبلها ، وإن وقفت في ماء جار لحلف عليها إن خرجت منه أو قمت فيه فأنت طالق فقال القاضي : قياس المذهب أنه يحنث إلا أن ينوى عين الماء الذي هي فيه لأن إطلاق يمينه يقتضي خروجها من النهر أو إقامتها فيه .

وقال أبو الخطاب لا يحنث لأن الماء المحلوف عليه جرى عنها وصارت فى غيره فلم يحنث سواء أقامت أو خرجت لأنها إنما تقف فى غيره أو تخرج منه وكذلك قال القاضى فى المجرد وهو مذهب الشافعى لأن الأيمان عندهم تنبنى على اللفظ لا على القصد وكذلك قالوا لا يحنث فى هذه الأيمان السابقة كلها ، ولو قال إن كانت امرأتى فى السوق فعبدى حر ، وإن كان عبدى فى السوق فامرأتى طالق فكانا جميعاً فى السوق فقيل يعتق العبد ولا تطلق المرأة لأنه لما حنث فى اليمين الأولى عتق العبد فلم يبق له فى السوق عبد ويحتمل أن يحنث بناء على قولنا فيمن حلف على معين تعلقت اليمين بعينه دون صفته كمن قال إن كلمت عبدى سعداً فأنت طالق ثم أعتقه وكلمته طلقت فكذلك ههنا لأن يمينه تعلقت بعبد معين وإن لم يرد عبدا بعينه لم تطلق المرأة لأنه لم يبق له عبد فى السوق ولو كان فى فيها تمرة فقال أنت طالق إن أكلتها أو ألقيتها أو أمسكتها فأكلت بعضها وألقت بعضها لم يحنث إلا على قول من قال إنه يحنث بفعل بعض المحلوف عليه ، وإن نوى الجميع لم يحنث بحال ولو كانت عنده وديعة لانسان فأحلفه ظالم أن ليس لفلان عندك وديعة فإنه يحلف ما لفلان عندى وديعة وينوى وبما الذى ويبر فى يمينه ، وكذلك لو سرقت امرأته منه شيئاً فحلف عليها بالطلاق لتصدقنى أسرقت منى أم لا ؟ وخافت أن تصدقه فإنها تقول سرقت منك ما سرقت منك وتعنى الذى سرقت منك ، ولو استحلفه ظالم هل رأيت فلاناً أو لا ؟ فإنه يعنى برأيت أى ضربت رئته وذكرته أى قطعت ذكره وما طلبت منه حاجة أى الشجرة التى حبسها الحاج ولا أخذت منه فروجا يعنى القباء ولا حصيراً وهو الحبس وأشباه هذا فمتى لم يكن ظالماً فحلف وعنى به هذا تعلقت يمينه بما عناه ، ولو كانت له امرأة على درجة فحلف عليها أن لا تنزل عنها ولا تصعد منها ولا تقف عليها فإنها تنتقل عنها إلى سلم آخر وتنزل إن شاءت أو تصعد أو تقف عليها لأن نزولها إنما حصل من غيرها ، وإن كان فى يمينه ، ولا انتقلت عنها ، فإنها تحمل مكرهة ، ولو كان فى سلم وله امرأتان إحداهما فى الغرفة والأخرى فى البيت السفلانى فحلف لا صعدت إلى هذه ولا نزلت إلى الأخرى فإن السفلى تصعد وتنزل العليا ثم ينزل إن شاء أو يصعد .

( فصل ) قال عبد الله بن أحمد : سألت أبي عن رجل قال لامرأته أنت طالق إن لم أجامعك اليوم ، وأنت طالق إن اغتسلت منك اليوم ؟ قال يصلي العصر ثم يجامعها فإذا غابت الشمس اغتسل إن لم يكن أراد بقوله اغتسلت المجامعة ، وقال في رجل قال لامرأته أنت طالق إن لم أطأك في رمضان فسافر مسيرة أربعة أيام أو ثلاثة ثم وطئها ؟ قال لا يعجبني لأنها حيلة ولا تعجبني الحيلة في هذا ولا في غيره . قال القاضي إنما كره أحمد هذا لأن السفر الذي يبيح الفطر أن يكون سفراً مقصوداً مباحاً ، وهذا لا يقصد به غير حل اليمين ، والصحيح أن هذا تنحل به اليمين ويباح له الفطر فيه لأنه سفر بعيد مباح لقصد صحيح وإرادة حل يمينه من المقاصد الصحيحة ، وقد أبحنا لمن له طريقان قصيرة لا تقصر فيها الصلاة وبعيدة أن يسلك البعيدة ليقصر فيها الصلاة ويفطر مع أنه لا قصد له سوى الرخص فههنا أولى .

# كتاب الرجعة

وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله سبحانه ( والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء - إلى قوله - وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا ) والمراد به الرجعة عند جماعة العلماء وأهل التفسير ، وقال تعالى ( وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف ) أي بالرجعة ومعناه إذا قاربن بلوغ أجلهن أي انقضاء عدتهن ، وأما السنة فما روى ابن عمر قال « طلقت امرأتي وهي حائض ، فسأل عمر النبي صلى الله عليه وسلم فقال : مره فليراجعها » متفق عليه . وروى أبوداود عن عمر قال « إن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها» وأجمع أهل العلم أن الحر إذا طلق الحرة دون الثلاث أو العبد إذا طلق دون الاثنتين أن لهما الرجعة في العدة ذكره ابن المنذر .

« مسألة » قال ( والزوجة إذا لم يدخل بها تبينها تطليقة وتحرمها الثلاث من الحر والاثنتان من العبد )

أجمع أهل العلم على أن غير المدخول بها تبين بطلقة واحدة ولا يستحق مطلقها

رجعتها . وذلك لأن الرجعة إنما تكون فى العدة ولا عدة قبل الدخول لقول الله سبحانه ( يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فالكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلا ) فبين الله سبحانه أنه لا عدة عليها فتبين بمجرد طلاقها وتصير كالمدخول بها بعد انقضاء عدتها لا رجعة عليها ، ولا نفقة لها ، وإن رغب مطلقها فيها فهو خاطب من الخطاب يتزوجها برضاها بنكاح جديد وترجع إليه بطلقتين ، وإن طلقها اثنتين ثم تزوجها رجعت إليه بطلقة واحدة بغير خلاف بين أهل العلم ، وإن طلقها ثلاثا بلفظ واحد حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره فى قول أكثر أهل العلم ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى ، ولا خلاف بينهم فى أن المطلقة ثلاثا بعد الدخول لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره لقول الله سبحانه ( فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ) وروت عائشة « أن رفاعة القرظى طلق امرأته فبت طلاقها فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير لجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : إنها كانت عند رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير ، وإنه والله ما معه إلا مثل هذه الهدبة . وأخذت بهدبة من جلبابها ، قالت فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ضاحكا وقال : لعلك تريدين أن ترجعى إلى رفاعة ؟ لا ، حتى يذوق عسيلتك وتذوقى عسيلته » متفق عليه، وفى إجماع أهل العلم على هذا غنية عن الاطالة فيه . وجمهور أهل العلم على أنها لا تحل للأول حتى يطأها الزوج الثانى وطئاً يوجد فيه التقاء الختانين إلا أن سعيد بن المسيب من بينهم قال : إذا تزوجها تزوجاً صحيحاً لا يريد به إحلالا فلا بأس أن يتزوجها الأول . قال ابن المنذر لا نعلم أحداً من أهل العلم قال بقول سعيد بن المسيب هذا إلا الخوارج أخذوا بظاهر قوله سبحانه ( حتى تنكح زوجاً غيره ) ومع تصريح النبى صلى الله عليه وسلم ببيان المراد من كتاب الله تعالى وأنها لا تحل للأول حتى يذوق الثانى عسيلتها وتذوق عسيلته لا يعرج على شيء سواه ولا يسوغ لأحد المصير إلى غيره مع ما عليه جملة أهل العلم منهم على بن أبى طالب وابن عمر وابن عباس وجابر وعائشة رضى الله عنهم ومن بعدهم مسروق والزهرى ومالك وأهل المدينة والثورى وأصحاب الرأى والأوزاعى وأهل الشام والشافعى وأبو عبيدة وغيرهم .

( فصل ) ويشترط لحلها للأول ثلاثة شروط . أحدها : أن تنكح زوجاً غيره فلو كانت أمة فوطئها سيدها لم يحلها لقول الله تعالى ( حتى تنكح زوجا غيره ) وهذا ليس بزوج ، ولو وطئت بشبهة لم تبح لما ذكرنا ، ولو كانت أمة فاستبرأها مطلقها لم يحل له وطؤها فى قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب الشافعى تحل له لأن الطلاق يختص الزوجية فأثر فى التحريم بها وقول الله تعالى ( فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ) صريح فى تحريمها فلا يعول على ما خالفه ، ولأن الفرج لا يجوز أن يكون محرما مباحا فسقط هذا .

الشرط الثانى : أن يكون النكاح صحيحاً فإن كان فاسداً لم يحلها الوطء فيه وبهذا قال الحسن والشعبي وحماد ومالك والثورى والأوزاعى وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأى والشافعى فى الجديد ، وقال فى القديم يحلها ذلك وهو قول الحكم وخرجه أبو الخطاب وجها فى المذهب لأنه زوج فيدخل فى عموم النص ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لعن المحلل والمحلل له فسماه محللا مع فساد نكاحه .

ولنا : قول الله تعالى ( حتى تنكح زوجا غيره ) وإطلاق النكاح يقتضى الصحيح ولذلك لو حلف لا يتزوج فتزوج تزويجا فاسدا لم يحنث ، ولو حلف ليتزوجن لم يبر بالتزوج الفاسد ولأن أكثر أحكام الزوج غير ثابتة فيه من الإحصان واللعان والظهار والإيلاء والنفقة وأشباه ذلك ، وأما تسميته محللا فلقصده التحليل فيما لا يحل ولو أحل حقيقة لما لعن ولا لعن المحلل له وإنما هذا كقول النبي صلى الله عليه وسلم « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » وقال الله تعالى ( يحلونه عاما ويحرمونه عاما ) ولأنه وطء فى غير نكاح صحيح أشبه وطء الشبهة .

الشرط الثالث : أن يطأها فى الفرج فلو وطئها دونه أو فى الدبر لم يحلها لأن النبي علق الحل على ذوق العسيلة منهما ، ولا يحصل إلا بالوطء فى الفرج وأدناه تغييب الحشفة فى الفرج لأن أحكام الوطء تتعلق به . ولو أولج الحشفة من غير انتشار لم تحل له لأن الحكم يتعلق بذوق العسيله ولا تحصل من غير انتشار ، وإن كان الذكر مقطوعاً فإن بقى منه قدر الحشفة فأولجه أحلها وإلا فلا فإن كان خصياً أو مسلولا أو موجوءاً حلت بوطئه لأنه يطأ كالفحل ولم يفقد إلا الإنزال وهو غير معتبر فى الإحلال وهذا قول الشافعى .

قال أبو بكر : وقد روى عن أحمد فى الخصى أنه لا يحلها فإن أبا طالب سأله فى المرأة تتزوج الخصى تستحل به ؟ قال لا ، خصى يذوق العسيلة ؟ قال أبو بكر والعمل على ماروا مهنا أنها تحل ، ووجه الأول أن الخصى لا يحصل منه الإنزال فلا ينال لذة الوطء فلا يذوق العسيلة ، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لأن الخصى فى الغالب لا يحصل منه الوطء أو ليس بمظنة الإنزال فلا يحصل الإحلال بوطئه كالوطء من غير انتشار .

(فصل) واشترط أصحابنا أن يكون الوطء حلالا فإن وطئها فى حيض أو نفاس أو إحرام من أحدهما أو منهما أو وأحدهما صائم فرضاً لم تحل . وهذا قول مالك لأنه وطء حرام لحق الله تعالى فلم يحصل به الإحلال كوطء المرتدة وظاهر النص حلها وهو قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) وهذه قد نكحت زوجا غيره، وأيضاً قوله عليه السلام « حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك » وهذا قد وجد ولأنه وطء فى نكاح صحيح فى محل الوطء على سبيل التمام فأحلها كالوطء الحلال وكما لو وطئها وقد ضاق وقت الصلاة أو وطئها مريضة يضرها الوطء وهذا أصح إن شاء الله تعالى وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى واما وطء المرتدة فلا يحلها سواء وطئها فى حال ردتهما أو ردتها أو وطىء المرتد المسلمة لأنه إن لم يعد المرتد منهما إلى الإسلام تبين أن الوطء فى غير نكاح وإن عاد إلى الإسلام فى العدة فقد كان الوطء فى نكاح غير تام لأن سبب البينونة حاصل فيه، وهكذا لو أسلم أحد الزوجين فوطئها الزوج قبل إسلام الآخر لم يحلها لذلك .

(فصل) فإن تزوجها مملوك ووطئها أحلها وبذلك قال عطاء ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم لهم مخالفاً ولأنه دخل فى عموم النص ووطؤه كوطء الحر ، وإن تزوجها مراهق فوطئها أحلها فى قولهم إلا مالكا وأبا عبيد فانهما قالا لا يحلها ويروى ذلك عن الحسن لأنه وطء من غير بالغ فأشبه وطء الصغير .

ولنا ظاهر النص وأنه وطء من زوج فى نكاح صحيح فأشبه البالغ ويخالف الصغير فانه لا يمكن الوطء منه ولا تذاق عسيلته ، وقال القاضى ويشترط أن يكون له اثنا عشر سنة لأن من دون ذلك لا يمكنه المجامعة ولا معنى لهذا فان الخلاف فى المجامع ومتى أمكنه الجماع فقد وجد منه المقصود فلا معنى لاعتبار سن ماورد الشرع باعتبارها وتقديره بمجرد الرأى والتحكم وإن كانت ذمية فوطئها زوجها الذى أحلها

لمطلقها المسلم ، نص عليه أحمد وقال هو زوج وبه تجب الملاعنة والقسم وبه قال الحسن والزهرى والثورى والشافعى وأبو عبيد وأصحاب الرأى وابن المنذر وقال ربيعة ومالك : لا يحلها .

ولنا : ظاهر الآية ولأنه وطء من زوج فى نكاح صحيح تام أشبه وطء المسلم وإن كانا مجنونين أو أحدهما فوطئها أحلها ، وقال أبو عبد الله بن حامد لا يحلها لأنه لا يذوق العسيلة .

ولنا : ظاهر الآية ولأنه وطء مباح فى نكاح صحيح أشبه العاقل، وقوله لا يذوق العسيلة لا يصح فإن الجنون إنما هو تغطية العقل . وليس العقل شرطاً فى الشهوة وحصول اللذة بدليل البهائم لكن إن كان المجنون ذاهب الحس كالمصروع والمغمى عليه لم يحصل الحل بوطئه ولا بوطء مجنونة فى هذه الحال لأنه لا يذوق العسيلة ولا تحصل له لذة، ولعل ابن حامد إنما أراد المجنون الذى هذه حاله فلا يكون ههنا اختلاف. ولو وطىء مغمى عليها أو نائمة لا تحس بوطئه فينبغى أن لا تحل بهذا لما ذكرناه وحكاه ابن المنذر ويحتمل حصول الحل فى ذلك كله أخذاً من عموم النص والله أعلم .

( فصل ) ولو وجد على فراشه امرأة فظنها أجنبية أو ظنها جاريته فوطئها فإذا هى امرأته أحلها لأنه صادف نكاحاً صحيحاً ، ولو وطئها فأفضاها أو وطئها وهى مريضة تتضرر بوطئه أحلها لأن التحريم ههنا لحقها ، وإن استدخلت ذكره وهو نائم أو مغمى عليه لم تحل لأنه لا يذوق عسيلتها ويحتمل أن تحل لعموم الآية والله أعلم .

« مسألة » قال ( وإذا طلق الحر زوجته أقل من ثلاث فله عليها الرجعة ما كانت فى العدة ) .

أجمع أهل العلم على أن الحر إن طلق الحرة بعد دخوله بها أقل من ثلاث بغير عوض ولا أمر يقتضى بينونتها فله عليها الرجعة ما كانت فى عدتها وعلى أنه لا رجعة له عليها بعد قضاء عدتها لما ذكرنا فى أول الباب . وإن طلق الحر امرأته الأمة فهو كطلاق الحرة إلا أن فيه خلافاً ذكرناه فيما مضى ، وذكرنا أن الطلاق معتبر بالرجال فيكون له رجعتها ما لم يطلقها ثلاثاً كالحرة .

( فصل ) ولا يعتبر فى الرجعة رضى المرأة لقول الله تعالى ( وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحاً ) فجعل الحق لهم وقال سبحانه ( فأمسكوهن بمعروف ) فخاطب الأزواج بالأمر ولم يجعل لهن اختياراً ، ولأن الرجعة إمساك للمرأة بحكم الزوجية فلم يعتبر رضاها فى ذلك كالتى فى صلب نكاحه . وأجمع أهل العلم على هذا .

(فصل ) والرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ولعانه ويرث أحدهما صاحبه بالإجماع وإن خالعها صح خلعه ، وقال الشافعى فى أحد قوليه لا يصح لأنه يراد للتحريم وهى محرمة .

ولنا : أنها زوجة صح طلاقها فصح خلعها كما قبل الطلاق وليس مقصود الخلع التحريم بل الخلاص من مضرة الزوج ونكاحه الذى هو سببها ، والنكاح باق ولا نأمن رجعته وعلى أننا نمنع كونها محرمة .

( فصل ) وظاهر كلام الخرقى أن الرجعية محرمة لقوله « وإذا لم يدر أواحدة طلق أم ثلاثاً ؟ فهو متيقن للتحريم شاك فى التحليل » وقد روى عن أحمد ما يدل على هذا وهو مذهب الشافعى وحكى ذلك عن عطاء ومالك ، وقال القاضى : ظاهر المذهب أنها مباحة . قال أحمد فى رواية أبى طالب لا تحتجب عنه وفى رواية أبى الحارث تتشرف له ما كانت فى العدة . فظاهر هذا أنها مباحة له ، له أن يسافر بها ويخلو بها ويطؤها . وهذا مذهب أبى حنيفة لأنها فى حكم الزوجات فأبيحت له كما قبل الطلاق . ووجه الأولى أنها طلقة واقعة فأثبتت التحريم كالتى بعوض ولا خلاف فى أنه لا حد عليه بالوطء . ولا ينبغى أن يلزمه مهر سواء راجع أو لم يراجع لأنه وطىء زوجته التى يلحقها طلاقه فلم يكن عليه مهر كسائر الزوجات ، ويفارق ما لو وطىء الزوج بعد إسلام أحدهما فى العدة حيث يجب المهر إذا لم يسلم الآخر فى العدة لأنه إذا لم يسلم تبينا أن الفرقة وقعت من حين إسلام المسلم الأول منهما . وهى فرقة فسخ تبين به من نكاحه . فأشبهت التى أرضعت من ينفسخ نكاحها برضاعه وفى مسألتنا لا تبين إلا بانقضاء العده فافترقا ، وقال أبو الخطاب إذا أكرهها على الوطء وجب عليه المهر عند من حرمها ، وهو المنصوص عن الشافعى

لأنه وطء حرمه الطلاق فوجب به المهر كوطء البائن والفرق ظاهر ، فإن البائن ليست زوجة له وهذه زوجته ، وقياس الزوجة على الأجنبية فى الوطء وأحكامه بعيد .

« مسألة » قال ( وللعبد بعد الواحدة ما للحر قبل الثلاث ) .

أجمع العلماء على أن للعبد رجعة امرأته بعد الطلقة الواحدة . إذا وجدت شروطها ، فإن طلقها ثانية فلا رجعة له سواء كانت امرأته حرة أو أمة لأن طلاق العبد اثنتان . وفى هذا خلاف ذكرناه فيما مضى .

« مسألة » قال ( ولو كانت حاملا باثنين فوضعت أحدهما فله مراجعتها ما لم تضع الثانى ) .

هذا قول عامة العلماء إلا أنه حكى عن عكرمة أن العدة تنقضى بوضع الأول وما عليه سائر أهل العلم أصح فإن العدة لا تنقضى إلا بوضع الحمل كله لقول الله تعالى ( وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ) واسم الحمل متناول لكل ما فى البطن فتبقى العدة مستمرة إلى حين وضع باقى الحمل فتبقى الرجعة ببقائها ولو انقضت العدة بوضع بعض الحمل لحل لها التزوج وهى حامل من زوج آخر ولا قائل به . وأظن أن قتادة ناظر عكرمة فى هذا فقال عكرمة تنقضى عدتها بوضع أحد الولدين فقال له قتادة أيحل لها أن تتزوج ؟ قال : لا . قال : خصم العبد . ولو خرج بعض الولد فارتجعها قبل أن تضع باقيه صح . لأنها لم تضع جميع حملها فصارت كمن ولدت أحد الولدين .

( فصل ) إذا انقطع حيض المرأة فى المرة الثالثة ولما تغتسل . فهل تنقضى عدتها بطهرها ؟ فيه روايتان ذكرهما ابن حامد . إحداهما : لا تنقضى عدتها حتى تغتسل ولزوجها رجعتها فى ذلك ، وهذا ظاهر كلام الخرقى فإنه قال فى العدة فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت بلا زواج . وهذا قول كثير من أصحابنا ، وروى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود وسعيد بن المسيب والثورى وأبى عبيد ، وروى نحوه عن أبى بكر الصديق وأبى موسى وعبادة وأبى الدرداء ، وروى عن شريك : له الرجعة وإن فرطت فى الغسل عشرين سنة . ووجه هذا قول من سمينا من الصحابة

ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم فيكون إجماعا ، ولأن أكثر أحكام الحيض لا تزول إلا بالغسل وكذلك هذا .

والرواية الثانية : أن العده تنقضى بمجرد الطهر قبل الغسل . وهو قول طاوس وسعيد بن جبير والأوزاعى واختاره أبو الخطاب لقوله تعالى ( والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ) والقرء الحيض . وقد زالت فيزول التربص ، وفيما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « وقرء الأمة حيضتان » وقال « دعى الصلاة أيام أقرائك » يعنى أيام حيضك . ولأن انقضاء العدة تتعلق به بينونتها من الزوج وحلها لغيره فلم يتعلق بفعل اختيارى من جهة المرأة بغير تعليق الزوج كالطلاق وسائر العدد ، ولأنها لو تركت الغسل اختياراً أو لجنون أونحوه لم تحل ، أما أن يقال بقول شريك أنها تبقى معتدة ولو بقيت عشرين سنة . وذلك خلاف قول الله (ثلاثة قروء) فإنها تصير عدتها أكثر من مائتى قرء أو يقال تنقضى العدة قبل الغسل فيكون رجوعا عن قولهم ويحمل قول الصحابة فى قولهم حتى تغتسل أى يلزمها الغسل .

( فصل ) إذا تزوجت الرجعية فى عدتها وحملت من الزوج الثانى انقطعت عدتها من الأول بوطء الثانى . وهل يملك الزوج رجعتها فى عدة الحمل ؟ يحتمل وجهين .

أولاهما : أنه له رجعتها لأنها لم تنقض عدتها لحكم نكاحه باق يلحقها طلاقه وظهاره ، وإنما انقطعت عدته لعارض . فهو كما لو وطئت فى صلب نكاحه فإنها تحرم عليه وتبقى سائر أحكام الزوجية . ولأنها يملك ارتجاعها إذا عادت إلى عدته فملكه قبل ذلك كما لو ارتفع حيضها فى أثناء عدتها .

والوجه الثانى : ليس له رجعتها لأنها ليست فى عدته فإذا وضعت الحمل انقضت عدة الثانى . وبنت على ما مضى من عدة الأول وله ارتجاعها حينئذ وجهاً واحداً ولو كانت فى نفاسها لأنها بعد الوضع تعود إلى عدة الأول ، وإن لم تحتسب به فكان له الرجعة فيه كما لو طلق حائضاً . فإن له رجعتها فى حيضتها ، وإن كانت لا تعتد بها ، وإن حملت حملا يمكن أن يكون منهما فعلى الوجه الذى لا يملك رجعتها فى حملها من الثانى إذا راجعها فى هذا الحمل . ثم بان أنه من الثانى لم يصح

وإن بان من الأول احتمل أن يصح لأنه راجعها فى عدتها منه . واحتمل أن لايصح لأنه راجعها مع الشك فى إباحة الرجعة . والأول أصح فإن الرجعة ليست بعبادة يبطلها الشك فى صحتها ، وعلى أن العباده تصح مع الشك فيما إذا نسى صلاة من يوم لا يعلم عينها فصلى خمس صلوات فإن كل صلاة يشك فى أنها هل هى المنسية أو غيرها . ولو شك فى الحدث فتطهر ينوى رفع الحدث صحت طهارته . وارتفع حدثه فهنا أولى ، فإن راجعها بعد الوضع وبان أن الحمل من الثانى . صحت رجعته ، وإن بان من الأول لم تصح الرجعة . لأن العدة انقضت بوضعه .

« مسألة » قال (والمراجعة أن يقول لرجلين من المسلمين : اشهدا أنى قد راجعت امرأتى بلا ولى يحضره ولا صداق يزيده ، وقد روى عن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه تجوز الرجعة بلا شهادة )

وجملته : أن الرجعة لاتفتقر إلى ولى ولا صداق ولا رضى المرأة ولا علمها بإجماع أهل العلم لما ذكرنا من أن الرجعية فى أحكام الزوجات والرجعة إمساك لها واستبقاء لنكاحها ، ولهذا سمى الله سبحانه وتعالى الرجعة إمساكا وتركها فراقا وسراحاً فقال (فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ) وفى آية أخرى ( فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ) وإنما تشعث النكاح بالطلقة وانعقد بها سبب زواله ، فالرجعة تزيل شعثه وتقطع مضيه إلى البينونة فلم يحتج لذلك إلى ما يحتاج إليه ابتداء النكاح ، فأما الشهادة ففيها روايتان .

إحداهما : تجب وهذا أحد قولى الشافعى لأن الله تعالى قال (فأمسكوهن بمعروف أوفارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم) وظاهر الأمر الوجوب ولأنه استباحة بضع مقصود فوجبت الشهادة فيه كالنكاح وعكسه البيع .

والرواية الثانية : لاتجب الشهادة . وهى اختيار أبى بكر وقول مالك وأبى حنيفة لأنها لاتفتقر إلى قبول فلم تفتقر إلى شهادة كسائر حقوق الزوج ، ولأن مالايشترط فيه الولى لا يشترط فيه الإشهاد كالبيع ، وعند ذلك يحمل الأمر على الاستحباب ، ولا خلاف بين أهل العلم فى أن السنة الإشهاد . فإن قلناهى شرط فإنه يعتبر وجودها

حال الرجعة فإن ارتجع بغير شهادة لم يصح لأن المعتبر وجودها فى الرجعة دون الإقرار بها إلا أن يقصد بذلك الإقرار الارتجاع فيصح .

( فصل ) وظاهر كلام الخرقى : أن الرجعة لاتحصل إلا بالقول بقوله : المراجعة أن يقول . وهذامذهب الشافعى لأنها استباحة بضع مقصود أمر بالإشهاد فيه فلم يحصل من القادر بغير قول كالنكاح ، ولأن غير القول فعل من قادر على القول فلم تحصل به الرجعة كالإشارة من الناطق وهذا إحدى الروايتين عن أحمد .

والرواية الثانية : تحصل الرجعة بالوطء سواء نوى به الرجعة أو لم ينو اختارها ابن حامد والقاضى وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعطاء وطاوس والزهرى والثورى والأوزاعى وابن أبى ليلى وأصحاب الرأى ، قال بعضهم : ويشهد ، وقال مالك وإسحاق تكون رجعة إذا أراد به الرجعة لأن هذه مدة تفضى إلى بينونة فترتفع بالوطء كمدة الإيلاء ، ولأن الطلاق سبب لزوال الملك ومعه خيار فتصرف المالك بالوطء يمنع عمله كوطء البائع الأمة المبيعة فى مدة الخيار ، وذكر أبو الخطاب أننا إذا قلنا الوطء مباح حصلت الرجعة به كما ينقطع به التوكيل فى طلاقها ، وإن قلنا هو محرم لم تحصل الرجعة به لأنه فعل محرم فلا يكون سبباً للحل كوطء المحلل .

(فصل) فأما إن قبلها أو لمسها لشهوة أو كشف فرجها ونظر إليه فالمنصوص عن أحمد أنه ليس برجعة وقال ابن حامد فيه وجهان .

أحدهما : هو رجعة وهذا قول الثورى وأصحاب الرأى لأنه استمتاع يستباح بالزوجة فحصلت الرجعة به كالوطء .

والثانى : أنه ليس برجعة لأنه أمر لايتعلق به إيجاب عدة ولا مهر فلا تحصل به الرجعة كالنظر . فأما الخلوة بها فليس برجعة لأنه ليس باستمتاع وهذا اختيار أبى الخطاب وحكى عن غيره من أصحابنا أن الرجعة تحصل به لأنه معنى يحرم من الأجنبية ويحل من الزوجة فحصلت به الرجعة كالاستمتاع . والصحيح أنه لا تحصل الرجعة بها لأنها لا تبطل اختيار المشترى للأمة فلم تكن رجعة كاللمس لغير شهوة ، فأما اللمس لغير شهوة والنظر لذلك ونحوه فليس برجعة لأنه يجوز فى غير الزوجة عند الحاجة فأشبه الحديث معها .

(فصل) فأما القول فتحصل به الرجعة بغير خلاف وألفاظه راجعتك وارتجعتك ورددتك وأمسكتك لأن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب والسنة فالرد والإمساك ورد بهما الكتاب بقوله سبحانه (وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك) وقال (فأمسكوهن بمعروف) يعنى الرجعة . والرجعة وردت بها السنة بقول النبي صلى الله عليه وسلم « مره فليراجعها » وقد اشتهر هذا الإسم فيها بين أهل العرف كاشتهار اسم الطلاق فيه فإنهم يسمونها رجعة والمرأة رجعية ويتخرج أن يكون لفظها هو الصريح وحده لاشتهاره دون غيره كقولنا فى صريح الطلاق ، والإحتياط أن يقول : راجعت امرأتى إلى نكاحى أو زوجتى أو راجعتها لما وقع عليها من طلاقى ، فإن قال نكحتها أو تزوجتها فهذا ليس بصريح فيها لأن الرجعة ليست بنكاح ، وهل تحصل به الرجعة ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لا تحصل به الرجعة لأن هذا كناية والرجعة استباحة بضع مقصود ولا تحصل بالكناية كالنكاح . والثانى : تحصل به الرجعة أومأ إليه أحمد واختاره ابن حامد لأنه تباح به الأجنبيه فالرجعية أولى . وعلى هذا يحتاج أن ينوى به الرجعة لأن ما كان كناية تعتبر له النيه ككنايات الطلاق .

( فصل ) فإن قال راجعتك للمحبة أو قال للإهانة أو قال أردت أنى راجعتك لمحبتى إياك أو إهانة لك صحت الرجعة لأنه أتى بالرجعة وبين سببها وإن قال أردت أنى كنت أهنتك أو أحبك وقد رددتك بفراقى إلى ذلك فليس برجعة ، وإن أطلق ولم ينو شيئاً صحت الرجعة . ذكره القاضى لأنه أتى بصريح الرجعة وضم إليه مايحتمل أن يكون بيانا لسببها ، ويحتمل غيره فلا يزول اللفظ عن مقتضاه بالشك وهذا مذهب الشافعى .

( فصل ) ولا يصح تعليق الرجعة على شرط لأنه استباحة فرج مقصود فأشبه النكاح ، ولو قال راجعتك إن شئت لم يصح كذلك ، ولو قال كلما طلقتك فقد راجعتك لم يصح كذلك ولأنه راجعها قبل أن يملك الرجعة فأشبه الطلاق قبل النكاح ، وإن قال إن قدم أبوك فقد راجعتك لم يصح لأنه تعليق على شرط .

( فصل ) فإن راجعها فى الردة من أحدهما فذكر أبو الخطاب إنه لا يصح وهو صحيح مذهب الشافعى لأنه استباحة بضع مقصود فلم يصح مع الردة كالنكاح

ولأن الرجعة تقرير للنكاح، والردة تنافى ذلك فلم يصح اجتماعهما ، وقال القاضى : إن قلنا تتعجل الفرقه بالردة لم تصح الرجعة لأنها قد بانت بها ، وإن قلنا لا تتعجل الفرقة فالرجعة موقوفة إن أسلم المرتد منهما فى العدة صحت الرجعة لأننا تبينا أنه ارتجعها فى نكاحه ، ولأنه نوع إمساك فلم تمنع منه الردة كما لو لم يطلق ، وإن لم يسلم فى العدة تبينا أن الفرقة وقعت قبل الرجعة وهذا قول المزنى واختيار أبى حامد وهكذا ينبغى أن يكون فيما إذا راجعها بعد إسلام أحدهما .

« مسألة » قال ( وإذا قال قد ارتجعتك فقالت قد انقضت عدتى قبل رجعتك فالقول قولها ما ادعت من ذلك ممكنا ) .

وجملة ذلك : أن المرأة إذا ادعت انقضاء عدتها فى مدة يمكن انقضاؤها فيها قبل قولها لقول الله تعالى ( ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن ) قيل فى التفسير هو الحيض والحمل فلولا أن قولهن مقبول لم يحرجن بكتمانه ولأنه أمر تختص بمعرفته فكان القول قولها فيه كالنية من الإنسان فيما تعتبر فيه النية أو أمر لا يعرف إلا من جهتها فقبل قولها فيه كما يجب على التابعى قبول خبر الصحابى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأما ما تنقضى به العدة فلا يخلو من ثلاثة أقسام .

القسم الأول : أن تدعى انقضاء عدتها بالقروء وأقل ذلك ينبنى على الخلاف فى أقل الطهر بين الحيضتين وعلى الخلاف فى القروء هل هى الحيض أو الإطهار ؟ فإن قلنا هى الحيض وأقل الطهر ثلاثة عشر يوماً فأقل ما تنقضى به العدة تسعة وعشرون يوماً ولحظه ، وذلك أن يطلقها مع آخر الطهر ثم تحيض بعده يوماً وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر لحظة ليعرف بها انقطاع الحيض ، وإن لم تكن هذه اللحظة من عدتها فلا بد منها لمعرفة انقطاع حيضها ولو صادفتها رجعته لم تصح ، ومن اعتبر الغسل فى قضاء العدة فلا بد من وقت يمكن الغسل فيه بعد انقطاع الحيض ، وإن قلنا القرء الحيض والطهر خمسة عشر يوماً ، فأقل ما تنقضى به العدة ثلاثة وثلاثون يوماً ولحظة تزيد أربعة أيام فى الطهرين . وإن قلنا القروء الإطهار وأقل

الطهر ثلاثة عشر يوماً فإن عدتها تنقضى بثمانية وعشرين يوماً ولحظتين وهو أن يطلقها فى آخر لحظة من طهرها فتحتسب بها قرءاً ثم تحتسب طهرين آخرين ستة وعشرين يوماً وبينهما حيضتين يومين فإذا طعنت فى الحيضة الثالثة لحظة انقضت عدتها ، وإن قلنا الطهر خمسة عشر يوماً زدنا على هذا أربعة أيام فى الطهرين ، فيكون اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين وهذا قول الشافعى . فإن كانت أمة انقضت عدتها بخمسة عشر يوماً ولحظة على الوجه الأول وتسعة عشر يوماً ولحظة على الوجه الثانى وبأربعة عشر يوما ولحظتين على الوجه الثالث وستة عشر يوماً ولحظتين على الوجه الرابع ، فمتى ادعت انقضاء عدتها بالقروء فى أقل من هذا لم يقبل قولها عند أحد فيما أعلم أنه لا يحتمل صدقها .

وإن ادعت انقضاء عدتها فى أقل من شهر لم يقبل قولها إلا ببينة لأن شريحاً قال ، إذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيض فى شهر وجاءت ببينة من النساء العدول من بطانة أهلها ممن يرضى صدقه وعدله أنها رأت ما يحرم عليها الصلاة من الطمث وتغتسل عند كل قرء وتصلى فقد انقضت عدتها وإلا فهى كاذبة ، وقال له على بن أبى طالب : قالون ، ومعناه بالرومية أصبت أو أحسنت ، فأخذ أحمد بقول على فى الشهر ، فإن ادعت ذلك فى أكثر من شهر صدقها على حديث « إن المرأة اؤتمنت على فرجها » ولأن حيضها فى الشهر ثلاث حيض يندر جداً فرجح ببينة ولا يندر فيما زاد على الشهر كندرته فيه فقبل قولها من غير بينة ، وقال الشافعى لا يقبل قولها فى أقل من اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين ولا يقبل فى أقل من ذلك بحال لأنه لا يتصور عنده أقل من ذلك ،

وقال النعمان لا تصدق فى أقل من ستين يوماً ، وقال صاحباه لا تصدق فى أقل من تسعة وثلاثين يوماً لأن أقل الحيض عندهم ثلاثة أيام فثلاث حيض تسعة أيام وطهران ثلاثون يوما والخلاف فى هذا ينبنى على الخلاف فى أقل الحيض وأقل الطهر وفى القروء ما هى وقد سبق .

ومما يدل عليه فى الجملة قبول على وشريح بينتها على انقضاء عدتها فى شهر ولولا تصوره لما قبلت عليه بينة ولا سمعت فيه دعوى ولا يتصور إلا بما قلناه ،

وأما إن ادعت انقضاء العدة فى أقل من ذلك لم تسمع دعواها ولا يصغى إلى بينتها لأننا نعلم كذبها ، فإن بقيت على دعواها حتى أتى عليها ما يمكن صدقها فيه نظرنا فإن بقيت على دعواها المردودة لم يسمع قولها لأنها تدعى محالا ، وإن ادعت أنها انقضت عدتها فى هذه المدة كلها أو فيما يمكن منها قبل قولها لأنه أمكن صدقها ولا فرق فى ذلك بين الفاسقة والمرضية والمسلمة والكافرة لأن مايقبل فيه قول الإنسان على نفسه لا يختلف باختلاف حاله كإخباره عن بينة فيما تعتبر فيه بينة .

القسم الثانى : أن تدعى انقضاء عدتها بوضع الحمل فلا يخلو إما أن تدعى وضع الحمل التام أو أنها أسقطته قبل كماله فإن ادعت وضعه لتمام فلا يقبل قولها فى أقل من ستة أشهر من حين إمكان الوطء بعد العقد لأنه لا يكمل فى أقل من ذلك وإن ادعت أنها أسقطته لم يقبل قولها فى أقل من ثمانين يوما من حين إمكان الوطء بعد عقد النكاح . لأن أقل سقط تنقضى به العدة ما أتى عليه ثمانون يوما لأنه يكون نطفة أربعين يوما ثم يكون علقة أربعين يوما ثم يصير مضغة بعد الثمانين ولا تنقضى به العدة قبل أن يصير مضغة بحال ، وهذا ظاهر قول الشافعى .

القسم الثالث : أن تدعى انقضاء عدتها بالشهور فلا يقبل قولها فيه لأن الخلاف فى ذلك ينبنى على الاختلاف فى وقت الطلاق والقول قول الزوج فيه فيكون القول قوله فيما ينبنى عليه إلا أن يدعى الزوج انقضاء عدتها ليسقط عن نفسه نفقتها مثل أن يقول طلقتك فى شوال فتقول هى بل فى ذى الحجة فالقول قولها لأنه يدعى ما يسقط النفقة والأصل وجوبها فلا يقبل إلا ببينة ولو ادعت ذلك ولم يكن لها نفقة قبل قولها لأنها تقر على نفسها بما هو أغلظ ،

ولو انعكست الدعوى فقال طلقتك فى ذى الحجة فلى رجعتك فقالت بل طلقتنى فى شوال فلا رجعة لك فالقول قوله لأن الأصل بقاء نكاحه ولأن القول قوله فى إثبات الطلاق ونفيه فكذلك فى وقته ، وإذا ثبت هذا فكل موضع قلنا القول قولها فأنكرها الزوج فقال الخرقى : عليها اليمين وهو قول الشافعى وأبى يوسف ومحمد وقد أومأ إليه أحمد فى رواية أبى طالب .

وقال القاضى : قياس المذهب أن لايجب عليها يمين وقد أومأ إليه أحمد فقال

لايمين فى نكاح ولا طلاق وهو قول أبى حنيفة لأن الرجعة لا يصح بذلها فلا يستحلف فيها كالحدود . والأول أولى لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « اليمين على المدعى عليه » ولأنه حق آدمى يمكن صدق مدعيه فيجب اليمين فيه كالأموال فإن نكلت عن اليمين فقال القاضى لا يقضى بالنكول لأنه مما لا يصح بذله ، ويحتمل أن يستحلف الزوج وله رجعتها بناء على القول برد اليمين على المدعى وذلك لأنه لما وجد النكول منها ظهر صدق الزوج وقوى جانبه ، واليمين تشرع فى حق من قوى جانبه ولذلك شرعت فى حق المدعى عليه لقوة جانبه باليد فى العين وبالأصل فى براءة الذمة فى الدين ، وهذا مذهب الشافعى .

( فصل ) وإذا ادعى الزوج فى عدتها أنه كان راجعها أمس أو منذ شهر قبل قوله لأنه لما ملك الرجعة ملك الإقرار بها كالطلاق وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى وغيرهم ، وإن قال بعد انقضاء عدتها : كنت راجعتك فى عدتك فأنكرته فالقول قولها بإجماعهم ، لأنه ادعاها فى زمن لا يملكها والأصل عدمها وحصول البينونة ، فإن كان اختلافهما فى زمن يمكن فيه انقضاء عدتها وبقاؤها فبدأت فقالت انقضت عدتى فقال قد كنت راجعتك فأنكرته لم يقبل قوله لأن خبرها بانقضاء عدتها مقبول لإمكانه فصارت دعواه للرجعة بعد الحكم بانقضاء عدتها فلم تقبل فإن سبقها بالدعوى فقال قد كنت راجعتك أمس فقالت قد انقضت عدتى قبل دعواك فالقول قوله لأن دعواه للرجعة قبل الحكم بانقضاء عدتها فى زمن الظاهر قبول قوله فيه فلا يقبل قولها بعد ذلك فى إبطاله . ولو سبق فقال قد راجعتك فقالت قد انقضت عدتى قبل رجعتك فأنكرها فقال القاضى القول قوله لما ذكرنا وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعى ، وظاهر كلام الخرقى أن قولها مقبول سواء سبقها بالدعوى أو سبقته وهو وجه ثان لأصحاب الشافعى لأن الظاهر البينونة والأصل عدم الرجعة فكان الظاهر معها ولأن من قبل قوله سابقا قبل قوله مسبوقا كسائر من يقبل قوله . ولهم وجه ثالث أن القول قول الزوج بكل حال لأن المرأة تدعى ما يرفع النكاح وهو ينكره فكان القول قوله كما لو ادعى المولى والعنين إصابة امرأته فأنكرته ، وهذا لا يصح فإنه قد انعقد سبب البينونة وهو مفض إليها مالم يوجد ما يرفعه ويزيل حكمه ، والأصل عدمه فكان القول قول من ينكره بخلاف

ما تأسوا عليه وإن وقع القول منهما جميعا فلا رجعة لأن خبرها بانقضاء عدتها يكون بعدها فيكون قوله بعد العدة فلا يقبل قال أبو الخطاب ويحتمل أن يقرع بينهما فيكون القول قول من تقع له القرعة والصحيح الأول .

( فصل ) وإن اختلفا فى الإصابة فقال قد أصبتك فلى رجعتك فأنكرته أو قالت قد أصابنى فلى المهر كاملا فالقول قول المنكر منهما لأن الأصل معه فلا يزول إلا بيقين وليس له رجعتها فى الموضعين لأنه أنكر الإصابة فهو يقر على نفسه ببينونتها وأنه لا رجعة له عليها ، وإن أنكرتها هى فالقول قولها ولا تستحق إلا نصف المهر فى الموضعين لأنها إن أنكرتها فهى مقرة أنها لا تستحق إلا نصف المهر وإن أنكرها فالقول قوله . هذا إن كان غير مقبوض . فإن كان اختلافهما بعد قبضها له وادعى إصابتها فأنكرته لم يرجع عليها بشىء لأنه يقر لها به ولا يدعيه ، وإن كان هو المنكر رجع عليها بنصفه . وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى . فإن قيل فلم قبلتم قول المولى والعنين فى الإصابة ولم تقبلوه ههنا ؟ قلنا : لأن المولى والعنين يدعيان ما يبقى النكاح على الصحة ويمنع فسخه ، والأصل صحة العقد وسلامته فكان قولهما موافقاً للأصل فقبل ، وفى مسألتنا قد وقع ما يرفع النكاح ويزيله وهو مار إلى بينونة ، وقد اختلفا فيما يرفع حكم الطلاق ويثبت له الرجعة ، والأصل عدم ذلك فكان قوله مخالفاً للأصل فلم يقبل ، ولأن المولى والعنين يدعيان الإصابة فى موضع تحققت فيه الخلوة والتمكين من الوطء لأنه لو لم يوجد ذلك لما استحقتا الفسخ بعد الوطء فكان الاختلاف فيما يختص به وفى مسألتنا لم تتحقق خلوة ولا تمكين لأنه لو تحقق ذلك لوجب المهر كاملا فكان الاختلاف فى أمر ظاهر لا يختص به فلم يقبل فيه قول مدعيه إلا ببينة . وهل يشرع اليمين فى حق من القول قوله ههنا ؟ على وجهين .

( فصل ) والخلوة كالإصابة فى إثبات الرجعة للزوج على المرأة التى خلا بها فى ظاهر قول الخرقى لقوله : حكمها حكم الدخول فى جميع أمورها . وهذا قول الشافعى فى القديم ، وقال أبو بكر لا رجعة له عليها إلا أن يصيبها وبه قال النعمان وصاحباه والشافعى فى الجديد لأنها غير مصابة فلا تستحق رجعتها كغير التى خلا بها

ولنا : قوله تعالى ( والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن — إلى قوله — وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك )

ولأنها معتدة من طلاق لاعوض فيه ولم تستوف عدده فثبت عليها الرجعة كالمصابة ولأنها معتدة يلحقها طلاقه فملك رجعتها كالتى أصابها ، وفارق التى لم يخل بها فإنها بائن منه لا عـــدة لهـا ، ولا يلحقها طلاقه وإنما تكون الرجعة للمعتدة التى يلحقها طلاقه

( فصل ) وإن ادعى زوج الأمة بعد عدتها أنه كان راجعها فى عدتها فكذبته وصدقه مولاها فالقول قولها ، نص عليه أحمد وبذلك قال أبو حنيفة ومالك ، وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الزوج وهو أحق بها لأن إقرار مولاها مقبول فى نكاحها فقبل قوله فى رجعتها كالحرة إذا أقرت

ولنا : أن قولها فى انقضاء عدتها مقبول فقبل فى إنكارها للرجعة كالحرة ولأنه اختلاف منهما فيما يثبت به النكاح فيكون المنازع هى دون سيدها كما لو اختلفا فى الإصابة ، وإنما قبل قول السيد فى النكاح لأنه يملك إنشاء فملك الإقرار به بخلاف الرجعه ، وإن صدقته هى وكذبه مولاها لم يقبل إقرارها لأن حق السيد يتعلق بها وحلت له بانقضاء عدتها فلم يقبل قولها فى إبطال حقه كما لو تزوجت ثم أقرت أن مطلقها كان راجعها ولا يلزم من قبول إنكارها قبول تصديقها كالتى تزوجت فإنه يقبل إنكارها ولا يقبل تصديقها

إذا ثبت هذا : فإن مولاها إذا علم صدق الزوج فى رجعتها لم يحل له وطؤها ولا تزويجها ، وإن علمت هى صدق الزوج فى رجعتها فهى حرام على سيدها ولا يحل لها تمكينه من وطئها إلا مكرهة كما قبل طلاقها

( فصل ) ولو قالت انقضت عدتى ثم قالت ما انقضت بعد فله رجعتها لأنها أقرت بكذبها فيما يثبت به حق عليها فقبل إقرارها ولو قال أخبرتنى بانقضاء عدتها ثم راجعتها ثم أقرت بكذبها فى انقضاء عدتها وأنكرت ما ذكر عنها وأقرت بأن عدتها لم تنقض فالرجعة صحيحه لأنه لم يقر بانقضاء عدتها وإنما أخبر بخبرها عن ذلك وقد رجعت عن خبرها فقبل رجوعها لما ذكرناه

« مسألة » قال ( وإذا طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانية بنت على ما مضى من العدة )

وبهذا قال أبو حنيفة وهو قول الشافعي وله قول ثان أنها تستأنف العدة لأنها طلقة واقعة فى حق مدخول بها فاقتضت عدة كاملة كالأولى

ولنا : أنهما طلاقان لم يتخللهما إصابة ولا خلوة فلم يجب بهما أكثر من عدة كما لو والى بينهما أو كما لو انقضت عدتها ثم نكحها وطلقها قبل دخوله بها ، وهكذا الحكم لو طلقها ثم فسخ نكاحها لعيب فى أحدهما أو لعتقها تحت عبد أو غيره أو انفسخ نكاحها لرضاع أو اختلاف دين أو غير ذلك لأن الفسخ فى معنى الطلاق .

( فصل ) وإن طلقها ثم راجعها ثم طلقها قبل دخوله بها ففيه روايتان . إحداهما : تبنى على ما مضى من العدة نقلها الميمونى وهى اختيار أبى بكر وقول عطاء وأحد قولى الشافعى لأنهما طلاقان لم يتخللهما دخول بها فكانت العدة من الأول منهما كما لو لم يرتجعها ولأن الرجعة لم يتصل بها دخول فلم يجب بالطلاق منها عدة كما لو نكحها ثم طلقها قبل الدخول .

والثانيه : تستأنف العدة نقلها ابن منصور وهى أصح وهذا قول طاوس وأبى قلابة وعمرو بن دينار وجابر وسعيد بن عبد العزيز وإسحاق وأبى ثور وأبى عبيد وأصحاب الرأى وابن المنذر وقال الثورى أجمع الفقهاء على هذا .

وحكى أبو الخطاب عن مالك : إن قصد الإضرار بها بنت وإلا استأنفت لأن الله تعالى إنما جعل الرجعة لمن أراد الإصلاح بقوله تعالى ( وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحاً ) والذى قصد الإضرار لم يقصد الإصلاح .

ولنا : أنه طلاق فى نكاح مدخول بها فيه فأوجب عدة كاملة كما لو لم يتقدمه طلاق . وهذا لأن الطلقة الأولى شعثت النكاح والرجعة لمت شعثه وقطعت عمل الطلاق فصار الطلاق الثانى فى نكاح غير مشعث مدخول بها فيه فأوجب عدة كالأول وكما لو ارتدت ثم أسلمت ثم طلقها فإنها تستأنف عدة كذا ههنا . ويفارق الطلاق قبل الرجعة فإنه جاء بعد طلاق مفض إلى بينونة فإن راجعها ثم دخل بها ثم طلقها فإنها تستأنف عدة بغير اختلاف بين أهل العلم لأنه بالوطء بعد الرجعة صار كالناكح ابتداء إذا وطىء .

( فصل ) وإن خالع زوجته أو فسخ النكاح ثم نكحها فى عدتها ثم طلقها فإن كان دخل بها فعليها العدة بلا خلاف لأنه طلاق فى نكاح مدخول بها فيه لم يتقدمه طلاق سواء ، وإن لم يكن دخل بها بنت على العدة الأولى فى الصحيح من المذهب ، وعنه

أنها تستأنف العده وهو قول أبي حنيفة لأن النكاح أقوى من الرجعة ولو طلقها بعد الرجعة استأنفت العدة فهنا أولى .

ولنا : أنه طلاق من نكاح لم يصبها فيه فلم تجب به عدة كما لو نكحها بعد انقضاء عدتها . وفارق الرجعة لأنها ردت المرأة إلى النكاح الأول فكان الطلاق الثانى فى نكاح اتصل به الدخول ، وهذا النكاح جديد بعد البينونة من الأولى ولم يوجد فيه دخول ، فأشبه التزويج بعد قضاء العدة ، وأما بناؤها على العدة الأولى فلأنها إنما قطع حكمها النكاح وقد زال فيعود إليها . ولو أسلمت زوجته ثم أسلم فى عدتها أو أسلم هو ثم أسلمت هى فى عدتها وطلقها قبل وطئه أو بعده أو ارتدت ثم أسلمت ثم طلقها فعليها عدة مستأنفة بلا خلاف لأنه طلاق فى نكاح وطىء فيه أشبه الطلاق فى النكاح الأول .

( فصل ) ومتى وطىء الرجعية وقلنا إن الوطء لا تحصل به الرجعة فعليها أن تستأنف العدة من الوطء ، ويدخل فيها بقية عدة الطلاق لأنهما عدتان من رجل واحد فتداخلتا كما لو طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها وله ارتجاعها فى بقية العدة الأولى لأنها عدة من الطلاق فإذا مضت البقية لم يكن له ارتجاعها فى بقية عدة الوطء لأنها عدة من وطء شبهة فإن حبلت من الوطء صارت فى عدة الوطء وتدخل فيها البقية الأولى ولأنهما عدتان لواحد فأشبه ما لو كانا بالاقراء ، وتنقضى العدتان جميعاً بوضع الحمل لأنه لا يتبعض وله مراجعتها قبل وضعه لأنها فى عده من الطلاق ، ويحتمل أن لا يتداخلا لأنهما من جنسين ، فعلى هذا تصير معتدة من الوطء خاصة ، وهل له رجعتها فى مدة الحمل ، على وجهين مضى توجيههما فيما إذا حملت من وطء زوج ثان فإذا وضعت أتمت عدة الطلاق وله ارتجاعها فى هذه البقية لأنها من عدة الطلاق، ولو طلقها حاملا ثم وطئها انقضت عدتها بوضع الحمل منهما جميعاً ويحتمل أن تستأنف عدة الوطء بعد وضع الحمل لما ذكرنا ولا رجعة له بعد وضع الحمل فى هذه الصورة بكل حال، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله على ما ذكرنا سواء .

« مسألة » قال ( وإذا طلقها ثم أشهد على المراجعة من حيث لا تعلم فاعتدت ثم نكحت من أصابها ردت إليه ولا يصيبها حتى تنقضى عدتها فى إحدى الروايتين ، والأخرى هى زوجة الثانى )

وجملة ذلك : أن زوج الرجعية إذا راجعها وهى لا تعلم صحت المراجعة ، لأنها لا تفتقر إلى رضاها فلم تفتقر إلى علمها كطلاقها ، فإذا راجعها ولم تعلم فانقضت عدتها ثم تزوجت ثم جاء وادعى أنه كان راجعها قبل انقضاء عدتها وأقام البينة على ذلك ثبت أنها زوجته وأن نكاح الثانى فاسد ، لأنه تزوج امرأة غيره وترد إلى الأول سواء دخل بها الثانى أو لم يدخل بها ، هذا هو الصحيح وهو مذهب أكثر الفقهاء منهم الثورى والشافعى وأبو عبيد وأصحاب الرأى ، وروى ذلك عن على رضى الله عنه .

وعن أبى عبد الله رحمه الله رواية ثانية : إن دخل بها الثانى فهى امرأته ، ويبطل نكاح الأول . روى ذلك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وهو قول مالك ، وروى معناه عن سعيد بن المسيب وعبد الرحمن بن القاسم ونافع لأن كل واحد منهما عقد عليها وهى ممن يجوز له العقد فى الظاهر ومع الثانى مزية الدخول فقدم بها .

ولنا : أن الرجعة قد صحت وتزوجت وهى زوجة الأول فلم يصح نكاحها كما لو لم يطلقها . فإذا ثبت هذا فإن كان الثانى ما دخل بها فرق بينهما وردت إلى الأول ولا شىء على الثانى ، وإن كان دخل بها فلها عليه مهر المثل لأن هذا وطء شبهة ، وتعتد ولا تحل للأول حتى تنقضى عدتها منه ، وإن أقام البينة قبل دخول الثانى بها ردت إلى الأول بغير خلاف فى المذهب . وهو إحدى الروايتين عن مالك . وأما إن تزوجها مع علمهما بالرجعة أو علم أحدهما فالنكاح باطل بغير خلاف والوطء محرم على من علم منهما وحكمه حكم الزانى فى الحد وغيره لأنه وطىء امرأة غيره مع علمه . فأما إن لم يكن لمدعى الرجعة بينة فأنكره أحدهما لم يقبل قوله ، ولكن إن أنكراه جميعا فالنكاح صحيح فى حقهما ، وإن اعترفا له بالرجعة ثبتت والحكم فيه كما لو قامت به البينة سواء ، وإن أقر له الزوج وحده فقد اعترف بفساد نكاحه فتبين منه وعليه

مهرها إن كان بعد الدخول أو نصفه إن كان قبله لأنه لا يصدق على المرأة فى إسقاط حقها عنه ولا تسلم المرأة إلى المدعى لأنه لا يقبل قول الزوج الثانى عليها وإنما يلزمه فى حقه ويكون القول قولها وهل هو مع يمينها أو لا ؟ على وجهين ، والصحيح أنها لا تستحلف لأنها لو أقرت لم يقبل إقرارها فإذا أنكرت لم تجب اليمين بإنكارها، وإن اعترفت المرأة وأنكر الزوج لم يقبل اعترافها على الزوج فى فسخ النكاح لأن قولها إنما يقبل على نفسها فى حقها ، وهل يستحلف ؟ يحتمل وجهين .

أحدهما : لا يستحلف ، اختياره القاضى لأنه دعوى فى النكاح فلم يستحلف كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته .

والثانى : يستحلف ، قال القاضى وهو قول الخرقى لعموم قوله عليه السلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » ولأنه دعوى فى حق آدمى فيستحلف فيه كالمال فإن حلف فيمينه على نفى العلم لأنه على نفى فعل الغير فإن زال نكاحه بطلاق أو فسخ أو موت ردت إلى الأول من غير عقد لأن المنع من ردها إنما كان لحق الثانى ، فإذا زال زال المانع وحكم بأنها زوجة الأول كما لو شهد بحرية عبد ثم اشتراه عتق عليه ولا يلزمها للأول مهر بحال وذكر القاضى أن عليها له مهراً وهو قول بعض أصحاب الشافعى لأنها أقرت أنها حالت بينه وبين بضعها بغير حق فأشبه شهود الطلاق إذا رجعوا .

ولنا : أن ملكها استقر على المهر فلم يرجع به عليها كما لو ارتدت أو أسلمت أو قتلت نفسها فإن مات الأول وهى فى نكاح الثانى فينبغى أن ترثه لإقراره بزوجيتها أو إقرارها بذلك ، وإن ماتت لم يرثها لأنها لا تصدق فى إبطال ميراث الزوج الثانى كما لم تصدق فى إبطال نكاحه ويرثها الزوج الثانى لذلك ، وإن مات الزوج الثانى لم ترثه لأنها تنكر صحة نكاحه فتنكر ميراثه ،

« مسألة » قال ( وإذا طلقها ثلاثا وانقضت عدتها منه ثم أتته فذكرت أنها نكحت من أصابها ثم طلقها أو مات عنها وانقضت عدتها منه وكان ذلك ممكناً فله أن ينكحها إذا كان يعرف منها الصدق والصلاح ، وإن لم تكن عنده فى هذا الحال لم ينكحها حتى يصح عنده قولها ) .

وجملة ذلك : أن المطلقة المبتوتة إذا مضى زمن بعد طلاقها يمكن فيه انقضاء عدتين بينهما نكاح ووطء فأخبرته بذلك وغلب على ظنه صدقها إما لمعرفته بأمانتها أو بخبر غيرها ممن يعرف حالها فله أن يتزوجها فى قول عامة أهل العلم منهم الحسن والأوزاعى والثورى والشافعى وأبو عبيد وأصحاب الرأى : وذلك لأن المرأة مؤتمنة على نفسها وعلى ما أخبرت به عنها ، ولا سبيل إلى معرفة هذه الحال على الحقيقة إلا من جهتها فيجب الرجوع إلى قولها كما لو أخبرت بانقضاء عدتها ، فأما إن لم يعرف ما يغلب على ظنه صدقها لم يحل له نكاحها ، وقال الشافعى : له نكاحها لما ذكرنا أولا . والورع أن لا ينكحها . ولنا : أن الأصل التحريم ولم يوجد غلبة ظن تنقل عنه فوجب البقاء عليه كما لو أخبره فاسق عنها .

( فصل ) وإذا أخبرت أن الزوج أصابها فأنكر فالقول قولها فى حلها للأول والقول قول الزوج فى المهر ولا يلزمه إلا نصفه إذا لم يقر بالخلوة بها ، فإن قال الزوج الأول : أنا أعلم أنه ما أصابها لم يحل له نكاحها لأنه يقر على نفسه بتحريمها فإن عاد فأكذب نفسه وقال قد علمت صدقها دين فيما بينه وبين الله تعالى لأن الحل والحرمة من حقوق الله تعالى فإذا علم حلها له لم يحرم بكذبه وهذا مذهب الشافعى ولأنه قد يعلم ما لم يكن علمه ، ولو قال ما أعلم أنه أصابها لم تحرم عليه بهذا لأن المعتبر فى حلها له خبر يغلب على ظنه صدقه لا حقيقة العلم .

( فصل ) وإذا طلقها طلاقا رجعياً وغاب وقضت عدتها وأرادت التزوج فقال وكيله توقفى كيلا يكون راجعك لم يجب عليها التوقف لأن الأصل عدم الرجعة وحل النكاح فلا يجب الزوال عنه بأمر مشكوك فيه ، ولأنه أمر لو وجب عليها التوقف فى هذه الحال لوجب عليها التوقف قبل قوله ، لأن احتمال الرجعة موجود سواء قال أو لم يقل فيفضى إلى تحريم النكاح على كل رجعية غاب زوجها أبداً .

( فصل ) فإذا قالت قد تزوجت من أصابنى ثم رجعت عن ذلك قبل أن يعقد عليها لم يجز العقد لأن الخبر المبيح للعقد قد زال فزالت الإباحة ، وإن كان بعد ما عقد عليها لم يقبل لأن ذلك إبطال للعقد الذى لزمها بقولها فلم يقبل كما لو ادعى زوجية امرأة فأقرت له بذلك ثم رجعت عن الإقرار .

# كتاب الايلاء

الإيلاء : فى اللغة الحلف يقال ، آلى يولى إيلاء وألــية وجمع الألية ألايا ، قال الشاعر :

قليل الألايا حافظ ليمينــه إذا صدرت منــه الألية برت

ويقال : تألى يتألى ، وفى الخبر « من يتأل على الله يكذبه » فأما الإيلاء فى الشرع فهو الحلف على ترك وطء المرأة والأصل فيه قول الله تعالى ( للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ) وكان أبي بن كعب وابن عباس يقرآن يقسمون .

« مسألة » قال ( والمولى الذى يحلف بالله عز وجل ان لا يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر ) .

وجملته : أن شروط الإيلاء أربعة : أحدها أن يحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته ولا خلاف بين أهل العلم فى أن الحلف بذلك إيلاء ، فأما إن حلف على ترك الوطء بغير هذا مثل : أن حلف بطلاق أو عتاق أو صدقة المال أو الحج أو الظهار ، ففيه روايتان . إحداهما : لا يكون مولياً ، وهو قول الشافعى القديم . والرواية الثانية : هو مول . وروى عن ابن عباس أنه قال : كل يمين منعت جماعها فهى إيلاء وبذلك قال الشعبي والنخعى ومالك وأهل الحجاز والثورى وأبو حنيفة وأهل العراق والشافعى وأبو ثور وأبو عبيد وغيرهم لأنها يمين منعت جماعها فكانت إيلاء كالحلف بالله ولأن تعليق الطلاق والعتاق على وطئها حلف بدليل أنه لو قال : متى حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال : إن وطئتك فأنت طالق طلقت فى الحال ، وقال أبو بكر : كل يمين من حرام أو غيرها يجب بها كفارة يكون الحالف بها مولياً ، وأما الطلاق والعتاق فليس الحلف به إيلاء لأنه يتعلق به حق آدمى وما أوجب كفارة تعلق بها حق الله تعالى ، والرواية الأولى هى المشهورة لأن الإيلاء المطلق إنما هو القسم ولهذا قرأ أبي وابن عباس « يقسمون » مكان « يولون » وروى عن ابن عباس فى تفسير يولون . قال : يحلفون بالله ، هكذا ذكره الإمام أحمد ، والتعليق بشرط ليس بقسم ، ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ولا يجاب بجوابه ولا يذكره أهل العربية فى باب القسم فلا يكون إيلاء وإنما يسمى حلفا تجوزاً

لمشاركته القسم فى المعنى المشهور فى القسم وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو توكيدا الخبر ، والكلام عند إطلاقه لحقيقته . ويدل على هذا قول الله تعالى ( فان فاءوا فان الله غفور رحيم ) وإنما يدخل الغفران فى اليمين بالله ، وأيضاً قول النبى صلى الله عليه وسلم ( من حلف بغير الله فقد أشرك ) وقوله ( إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ) متفق عليه ، وإن سلمنا أن غير القسم حلف لكن الحلف فإطلاقه إنما ينصرف إلى القسم وإنما يصرف إلى غير القسم بدليل ، ولا خلاف فى أن القسم بغير الله تعالى وصفاته لا يكون إيلاء لأنه لا يوجب كفارة ولا شيئا يمنع من الوطء فلا يكون إيلاء كالخبر بغير القسم ، وإذا قلنا بالرواية الثانية فلا يكون موليا إلا أن يحلف بما يلزمه بالحنث فيه حق كقوله إن وطئتك فعبدى حر أو فأنت طالق أو فأنت على كظهر أمى أو فأنت على حرام أو فلله على صوم سنة أو الحج أو صدقة فهذا يكون إيلاء لأنه يلزمه بوطئها حق يمنعه من وطئها خوفه من وجوبه وإن قال إن وطئتك فأنت زانية لم يكن موليا لأنه لا يلزمه بالوطء حق ولا يصير قاذفا بالوطء لأن القذف لا يتعلق بالشرط ولا يجوز بالشرط أن تصير زانية بوطئه لها كما لا تصير زانية بطلوع الشمس ، وإن قال إن وطئتك فلله على صوم هذا الشهر لم يكن موليا لأنه لو وطئها بعد مضيه لم يلزمه حق فان صوم هذا الشهر لا يتصور بعد مضيه فلا يلزم بالنذر كما لو قال إن وطئتك فلله على صوم أمس وإن قال إن وطئتك فلله على أن صلى عشرين ركعة كان موليا .

وقال أبو حنيفه لا يكون موليا لأن الصلاة لا يتعلق بها مال ولا تتعلق بمال فلا يكون الحالف بها موليا كما لو قال إن وطئتك فلله على أن امشى فى السوق .

ولنا: أن الصلاة تجب بالنذر فكان الحالف بها موليا كالصوم والحج وما ذكره لا يصح فان الصلاة تحتاج إلى الماء والسترة . واما المشى فى السوق فقياس المذهب على هذه الرواية إنه يكون موليا لأنه يلزمه بالحنث فى هذا النذر أحد شيئين إما الكفارة وإما المشى. فقد صار الحنث موجبا لحق عليه فعلى هذا يكون موليا بنذر فعل المباحات والمعاصى أيضاً ، فان نذر المعصية موجب للكفارة فى ظاهر المذهب ، وإن سلمنا فالفرق بينهما أن المشى لا يجب بالنذر بخلاف مسألتنا ، وإذا استثنى فى

يمينه لم يكن موليا فى قول الجميع لأنه لايلزمه كفارة بالحنث فلم يكن الحنث موجبا لحق عليه . وهذا إذا كانت اليمين بالله تعالى أو كانت يمينا مكفرة ، فأما الطلاق والعتاق فمن جعل الاستثناء فيهما غير مؤثر فوجوده كعدمه ويكون موليا بهما سواء استثنى أو لم يستثن .

( فصل ) الشرط الثانى : أن يحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر وهذا قول ابن عباس وطاوس وسعيد بن جبير ومالك والأوزاعى والشافعى وأبى ثور وأبى عبيد ، وقال عطاء والثورى وأصحاب الرأى . إذا حلف على أربعة أشهر فما زاد كان موليا ، وحكى ذلك القاضى أبو الحسين رواية عن أحمد لأنه ممتنع من الوطء باليمين أربعة أشهر فكان مؤليا كما لو حلف على ما زاد ، وقال النخعى وقتادة وحماد وابن أبى ليلى وإسحاق : من حلف على ترك الوطء فى قليل من الأوقات أو كثير وتركها أربعة أشهر فهو مول لقول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ) وهذا مول فإن الايلاء الحلف وهذا حالف .

ولنا : أنه لم يمنع نفسه من الوطء باليمين أكثر من أربعة أشهر فلم يكن موليا كما لو حلف على ترك قبلتها ، والآية حجة لنا لأنه جعل له تربص أربعة أشهر فاذا حلف على أربعة أشهر أو ما دونها فلا معنى للتربص لأن مدة الايلاء تنقضى قبل ذلك ومع انقضائه ، وتقدير التربص بأربعة أشهر يقتضى كونه فى مدة تناولها الايلاء ، ولأن المطالبة إنما تكون بعد أربعة أشهر ، فاذا انقضت المدة بأربعة فما دون لم تصح المطالبة من غير إيلاء . وأبو حنيفه ومن وافقه بنوا ذلك على قولهم فى الفيئه أنها تكون فى مدة الأربعة أشهر . وظاهر الآية خلافه فإن الله تعالى قال ( للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا ) فعقب الفيء عقيب التربص بفاء التعقيب فيدل على تأخرها عنه .

إذا ثبت هذا فحكى عن ابن عباس أن المولى من يحلف على ترك الوطء أبدا أو مطلقا لأنه إذا حلف على مادون ذلك أمكنه التخلص بغير حنث فلم يكن موليا كما لو حلف لاوطئها فى مدينة بعينها .

ولنا : أنه لايمكنه التخلص بعد التربص من يمينه بغير حنث . فأشبه المطلقة

بخلاف اليمين على مدينة معينة فإنه يمكن التخلص بغير الحنث ، ولأن الأربعة الأشهر مده تتضرر المرأة بتأخير الوطء عنها فإذا حلف على أكثر منها كان موليا كالأبد . ودليل الوصف ما روى « أن عمر رضى الله عنه كان يطوف ليلة فى المدينة فسمع امرأة تقول :

تطاول هذا الليل وازور جانبه ... وليس إلى جنبي خليل ألاعبه

فوالله لولا الله لا شيء غـــيره ... لزعزع من هذا السرير جوانبه

مخـــافة ربي والحياء يكفنى ... وأكرم بعلى أن تنال مراكبه

فسأل عمر نساء : كم تصبر المرأة عن الزوج ؟ فقلن شهرين وفى الثالث يقل الصبر ، وفى الرابع ينفد الصبر . فكتب إلى امراء الأجناد : أن لا تحبسوا رجلا عن امرأته أكثر من أربعة أشهر » .

(فصل) وإذا علق الإيلاء بشرط مستحيل كقوله : والله لا وطئتك حتى تصعدى السماء أو تقلبي الحجر ذهباً أو يشيب الغراب فهو مول لأن معنى ذلك ترك وطئها فإن ما يراد إحالة وجوده يعلق على المستحيلات . قال الله تعالى فى الكفار : ( ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل فى سم الخياط ) ومعناه لا يدخلون الجنة أبداً ، وقال بعضهم :

إذا شاب الغراب أتيت أهلى ... وصار القار كاللبن الحليب

وإن قال والله لا وطئتك حتى تحبلي فهو مول لأن حبلها بغير وطء مستحيل عادة فهو كصعود السماء ، وقال القاضى وأبو الخطاب وأصحاب الشافعى ليس بمول إلا أن تكون صغيرة يغلب على الظن أنها لا تحمل فى أربعة أشهر أو آيسة ، فأما إن كانت من ذوات الإقراء فلا يكون مولياً لأنه يمكن حملها ، قال القاضى : وإذا كانت الصغيرة بنت تسع سنين لم يكن مولياً لأن حملها ممكن .

ولنا : أن الحمل بدون الوطء مستحيل عادة ، فكان تعليق اليمين عليه إيلاء كصعود السماء . ودليل استحالته قول مريم : ( أنى يكون لى غلام ولم يمسسنى بشر ولم أك بغيا ؟ ) وقولهم : ( يا أخت هارون ما كان أبوك امرأ سوء وما كانت أمك بغيا ) ولولا استحالته لما نسبوها إلى البغاء لوجود الولد . وأيضاً قول عمر رضى الله

عنه : « الرجم حق على من زنا وقد أحصن ، إذا قامت به البينة ، أو كان الحبل أو الاعتراف » ، ولأن العادة أن الحبل لا يوجد من غير وطء ، فإن قالوا يمكن حبلها من وطء الغير أو باستدخال منيه قلنا : أما الأول فلا يصح فإنه لو صرح به فقال : لا وطئتك حتى تحبلي من غيري أو ما دمت في نكاحي أو حتى تزني كان مولياً ، ولو صح ما ذكروه لم يكن مولياً ، وأما الثاني فهو من المستحيلات عادة إن وجد كان من خوارق العادات بدليل ما ذكرناه ، وقد قال أهل الطب : إن المني إذا برد لم يخلق منه ولد وصحح قولهم قيام الأدلة التي ذكرنا بعضها وجريان العادة على وفق ما قالوه ، وإذا كان تعليقه على موته أو موتها أو موت زيد إيلاء فتعليقه على حبلها بغير وطء أولى ، وإن قال أردت بقولي حتى تحبلي السببية ولم أرد الغاية ومعناه لا أطؤك لتحبلي قبل منه ولم يكن مولياً لأنه ليس بحالف على ترك الوطء وإنما هو حالف على قصد ترك الحبل به فإن « حتى » تستعمل بمعنى السببية .

( فصل ) وإن علقه على غير مستحيل فذلك على خمسة أضرب .

أحدها : ما يعلم أنه لا يوجد قبل أربعة أشهر كقيام الساعة فإن لها علامات تسبقها فلا يوجد ذلك في أربعة أشهر ، وكذلك إن قال حتى تأتي الهند أو نحوه فهذا مول لأن يمينه على أكثر من أربعة أشهر .

الثاني : ما الغالب أنه لا يوجد في أربعة أشهر كخروج الدجال والدابة وغيرهما من أشراط الساعة ، أو يقول حتى أموت أو تموتي أو يموت ولدك أو زيد أو حتى يقدم زيد من مكة والعادة أنه لا يقدم في أربعة أشهر فيكون مولياً . لأن الغالب أن ذلك لا يوجد في أربعة أشهر . فأشبه ما لو قال : والله لا وطئتك في نكاحي هذا ، وكذلك لو علق الطلاق على مرضها أو مرض إنسان بعينه .

الثالث : أن يعلقه على أمر يحتمل الوجود في أربعة أشهر ويحتمل أن لا يوجد احتمالا متساوياً كقدوم زيد من سفر قريب أو من سفر لا يعلم قدره فهذا ليس بإيلاء . لأنه لا يعلم حلفه على أكثر من أربعة أشهر ولا يظن ذلك .

الرابع : أن يعلقه على ما يعلم أنه يوجد في أقل من أربعة أشهر أو يظن ذلك كذبول بقل وجفاف ثوب ومجيء المطر في أوانه وقدوم الحاج في زمانه ، فهذا

لا يكون موليا لما ذكرناه ، ولأنه لم يقصد الإضرار بترك وطئها أكثر من أربعة أشهر . فأشبه ما لو قال والله لاوطئتك شهراً .

الخامس : أن يعلقه على فعل منها هي قادرة عليه أو فعل من غيرها . وذلك ينقسم أقساما ثلاثة . أحدها : أن يعلقه على فعل مباح لا مشقة فيه كقوله : والله لا أطؤك حتى تدخلى الدار أو تلبسى هذا الثوب أو حتى أتنفل بصوم يوم أو حتى أكسوك . فهذا ليس بإيلاء لأنه يمكن الوجود بغير ضرر عليها فيه . فأشبه الذى قبله . والثانى أن يعلقه على محرم كقوله والله لا أطؤك حتى تشربى الخمر أو تزنى أو تسقطى ولدك أو تتركى صلاة الفرض أو حتى أقتل زيداً أو نحوه . فهذا إيلاء لأنه علقه بممتنع شرعاً . فأشبه الممتنع حسا . الثالث أن يعلقه على ما على فاعله فيه مضرة مثل أن يقول والله لاأطؤك حتى تسقطى صداقك عنى أو دينك أوحتى تكفلى ولدى أوتهبينى دارك أو حتى يبيعنى أبوك داره أو نحو ذلك ، فهذا إيلاء لأن أخذه لمالها أو مال غيرها عن غير رضا صاحبه محرم فجرى مجرى شرب الخمر ، وإن قال والله لا أطؤك حتى أعطيك مالا أو أفعل فى حقك جميلا لم يكن إيلاء لأن فعله لذلك ليس بمحرم ولا ممتنع فجرى مجرى قوله حتى أصوم يوما .

( فصل ) وإن قال والله لا وطئتك إلا برضاك لم يكن موليا لأنه يمكنه وطؤها بغير حنث ولأنه محسن فى كونه ألزم نفسه اجتناب سخطها . وعلى قياس ذلك كل حال يمكنه الوطء فيها بغير حنث ، كقوله والله لا وطئتك مكرهة أو محزونة ونحو ذلك فإنه لا يكون موليا ، وإن قال والله لا وطئتك مريضة لم يكن مولياً لذلك إلا أن يكون بها مرض لا يرجى برؤه أو لا يزول فى أربعة أشهر فينبغى أن يكون مولياً لأنه حالف على ترك وطئها أربعة أشهر فإن قال ذلك لها وهى صحيحة فرضت مرضاً يمكن برؤه قبل أربعة أشهر لم يصر مولياً ، وإن لم يرج برؤه فيها صار موليا ، وكذلك إن كان الغالب أنه لا يزول فى أربعة أشهر صار موليا . لأن ذلك بمنزلة ما لا يرجى زواله ، وإن قال والله لا وطئتك حائضاً ولا نفساء ولا محرمة ولا صائمة ونحو هذا لم يكن موليا لأن ذلك محرم ممنوع منه شرعا فقد أكد منع نفسه منه

بيمينه ، وإن قال والله لا وطئتك طاهراً أو لا وطئتك وطئاً مباحا صار موليا لأنه حالف على ترك الوطء الذى يطالب به فى الفيئة فكان موليا كما لو قال والله لاوطئتك فى قبلك ، وإن قال والله لاوطئتك ليلا أو والله لاوطئتك نهاراً لم يكن موليا لأن الوطء يمكن بدون الحنث ، وإن قال والله لا وطئتك فى هذه البلدة أو فى هذا البيت أو نحو ذلك من الامكنة المعينة لم يكن موليا ، وهـــذا قول الثورى والأوزاعى والشافعى والنعمان وصاحبيه ، وقال ابن أبى ليلى وإسحاق هو مول لأنه حالف على ترك وطئها .

ولنا : أنه يمكن وطؤها بغير حنث فلم يكن موليا كما لو استثنى فى يمينه .

( فصل ) وإن حلف على ترك وطئها عاما ثم كفر عن يمينه انحل الإيلاء . قال الأثرم : قيل لأبى عبد الله : المولى يكفر عن يمينه قبل مضى الأربعة الأشهر ؟ قال : يذهب عنه الإيلاء ولا يوقف بعد الأربعة الأشهر وذهب الإيلاء حين ذهبت اليمين وذلك لأنه لم يبق ممنـــوعا من الوطء بيمينه ، فأشبه من حلف واستثنى فإن كان تكفيره قبل مضى الأربعة الأشهر انحل الإيلاء حين التكفير وصار كالحالف على ترك الوطء أقل من أربعة أشهر ، وإن كفـــر بعد الأربعة وقبل الوقوف صار كالحالف على أكثر منها إذا مضت مدة يمينه قبل وقفه .

( فصل ) فإن قال والله لاوطئتك إن شاء فلان لم يصر مولياً حتى يشـــاء فإذا شاء صار مولياً ، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لأنه يصير ممتنعا من الوطء حتى يشاء فلا يكون مولياً حتى يشاء ، وإن قال والله لا وطئتك إن شئت فكذلك ، وقال أصحاب الشافعى إن شاءت على الفور جوابا لكلامه صار مولياً ، وإن أخرت المشيئة انحلت يمينه لأن ذلك تخييرلهـا فكان على الفور كقوله اختارى فى الطلاق .

ولنا : أنه علق اليمين على المشيئة بحرف « إن » فكان على التراخى كمشيئة غيرها فإن قيل : فهلا قلتم لايكون مولياً فإنه علق ذلك بإرادتها فأشبه ما لو قال لا وطئتك إلا برضاك ؟ قلنا : الفرق بينهما أنها إذا شاءت انعقدت يمينه مانعة من وطئها بحيث لا يمكنه بعدذلك الوطء بغير حنث ، وإذا قال والله لا وطئتك إلا برضاكفما حلف

إلا على ترك وطئها فى بعض الأحوال وهو حال سخطها فيمكنه الوطء فى الحال الأخرى بغير حنث وإذا طالبته بالفيئة فهو برضاها ، ولو قال والله لا وطئتك حتى تشائى فهو كقوله إلا برضاك ولا يكون مولياً بذلك وإن قال والله لا وطئتك إلا أن يشاء أبوك أو فلان لم يكن مولياً لأنه علقه بفعل منه يمكن وجوده فى الأربعة أشهر إمكانا غير بعيـــد وليس بمحرم ولا فيه مضرة فأشبه مالو قال والله لاوطئتك إلا أن تدخلى الدار ، وإن قال والله لا وطئتك إلا أن تشائى لم يكن مولياً وكان بمنزلة قوله إلا برضاك أو حتى تشائى ، وقال أبو الخطاب إن شاءت فى المجلس لم يصر مولياً وإلا صار مولياً ، وقال أصحاب الشافعى إن شاءت على الفور عقيب كلامه لم يصر مولياً وإلا صار مولياً لأن المشيئة عندهم على الفور وقد فاتت بتراخيها . وقال القاضى تنعقد يمينه فان شاءت انحلت وإلا فهى منعقدة .

ولنا : أنه منع نفسه بيمينه من وطئها إلا عند إرادتها . فأشبه مالو قال إلا برضاك أو حتى تشائى ولأنه علقه على وجود المشيئة أشبه مالو علقه على مشيئة غيرها ، فأما قول القاضى فان أراد وجود المشيئة على الفور فهو كقولهم ، وإن أراد وجود المشيئة على التراخى تنحل به اليمين لم يكن ذلك إيلاءاً لأن تعليق اليمين على فعل يمكن وجوده فى مدة الأربعة الأشهر إمكانا غير بعيد ليس بإيلاء والله أعلم .

( فصل ) فان قال والله لا وطئتك فهو إيلاء لأنه قول يقتضى التأبيد ، وإن قال والله لا وطئتك مدة أو ليطولن تركى لجماعك ونوى مدة تزيد على أكثر من أربعة أشهر فهو إيلاء لأن اللفظ يحتمله فانصرف إليه بنيته ، وإن نوى مدة قصيرة لم يكن إيلاءاً لذلك وإن لم ينو شيئاً لم يكن إيلاء لأنه يقع على القليل والكثير فلا يتعين للكثير ، فان قال والله لا وطئتك أربعة أشهر فاذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر أو فاذا مضت فوالله لا وطئتك شهرين أو لا وطئتك شهرين فاذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر ففيه وجهان .

أحدهما : ليس بمول لأنه حالف بكل يمين على مده ناقصة عن مدة الإيلاء فلم يكن مولياً كما لولم ينو إلا مدتهما ، ولانه يمكنه الوطء بالنسبة إلى كل يمين عقيب مدتها من غير حنث فيها فأشبه مالو اقتصر عليها .

والثانى : يصير مولياً لأنه منع نفسه من الوطء بيمينه أكثر من أربعة أشهر

متوالية فكان مولياً كما لو منعها بيمين واحدة ، ولأنه لا يمكنه الوطء بعد المدة إلا بحنث فى يمينه فأشبه ما لو حلف على ذلك بيمين واحدة ولو لم يكن هذا ايلاء أفضى إلى أن يمنع من الوطء طول دهره باليمين فلا يكون مولياً وهكذا الحكم فى كل مدتين متواليتين يزيد مجموعها على أربعة كثلاثة أشهر وثلاثة أو ثلاثة وشهرين لما ذكرنا من التعليلين والله أعلم

( فصل ) فان قال إن وطئتك فوالله لا وطئتك لم يكن مولياً فى الحال لأنه لا يلزمه بالوطء حق لكن إن وطئها صار مولياً لأنها تبقى يمينا تمنع الوطء على التأبيد وهذا الصحيح عن الشافعى وحكى عنه قول قديم أنه يكون مولياً من الأول لأنه لا يمكنه الوطء إلا بأن يصير مولياً فيلحقه بالوطء ضرر وكذلك على هذا القول إن قال وطئتك فوالله لادخلت الدار لم يكن(١) مولياًمن الأول فان وطئها انحل الإيلاء لأنه لم يبق ممتنعاً من وطئها بيمين ولا غيرها وإنما بقى ممتنعاً باليمين من دخول الدار

ولنا : أن يمينه معلقة بشرط فقبله ليس بحالف فلا يكون مولياً ، ولأنه يمكنه الوطء من غير حنث فلم يكن مولياً كما لو لم يقل شيئًا وكونه يصير مولياً لا يلزمه به شيء وإنما يلزمه بالحنث ولو قال والله لاوطئتك فى السنة إلا مرة لم يصر مولياً فى الحال لأنه يمكنه الوطء متى شاء بغير حنث فلم يكن ممنوعا من الوطء بحكم يمينه فإذا وطئها وقد بقى من السنة أكثر من أربعة أشهر صار مولياً ، وهذا قول أبى ثور وأصحاب الرأى ، وظاهر مذهب الشافعى فى قوله القديم يكون مولياً فى الابتداء لما ذكرنا فى التى قبلها وقد أجبنا عنه ، وإن قال والله لاوطئتك سنة إلا يوما فكذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة لأن اليوم منكر فلم يختص يوما دون يوم ولذلك لو قال : صمت رمضان إلا يوما لم يختص اليوم الآخر ، ولو قال لا أكلمك فى السنة إلا يومالم يختص يوما منها .

وفيه وجه آخر أنه يصير مولياً فى الحال وهو قول زفر لأن اليوم المستثنى يكون من آخر المدة كالتأجيل ومدة الخيار ، بخلاف قوله لا وطئتك فى السنة إلا مره فإن المرة لا تختص وقتا بعينه ، ومن نصر الأول فرق بين هذا وبين التأجيل ومدة

---

(١) فى نسخة يكون مولياً .

الخيار من حيث إن التأجيل ومدة الخيار تجب الموالاة فيهما ولا يجوز أن يتخللهما يوم لا أجل فيه ولا خيار لأنه لو جازت له المطالبة فى أثناء الأجل لزم قضاء الدين فيسقط التأجيل بالكلية ولو لزم العقد فى أثناء مدة الخيار لم يعد إلى الجواز فتعين جعل اليوم المستثنى من آخر المدة بخلاف ما نحن فيه فإن جواز الوطء فى يوم من أول السنة أو أوسطها لا يمنع ثبوت حكم اليمين فيما بقى من المدة فصار ذلك كقوله لا وطئتك فى السنة إلا مرة والله أعلم .

( فصل ) فإن قال والله لا وطئتك عاما ثم قال والله لا وطئتك عاما فهو إيلاء واحد حلف عليه بيمينين إلا أن ينوى عاما آخر سواه ، وإن قال والله لا وطئتك عاما ثم قال والله لا وطئتك نصف عام أو قال والله لا وطئتك نصف عام ثم قال والله لا وطئتك عاما دخلت المدة القصيرة فى الطويلة لأنها بعضها ولم يجعل إحداهما بعد الأخرى . فأشبه مالو أقر بدرهم ثم أقر بنصف درهم أو أقر بنصف درهم ثم أقر بدرهم فيكون إيلاء واحداً لها وقت واحد وكفارة واحدة ، وإن نوى بإحدى المدتين غير الأخرى فى هذه أو فى التى قبلها ، أو قال والله لا وطئتك عاما ثم والله لا وطئتك عاما آخر أو نصف عام آخر ، أو قال والله لا وطئتك عاما فإذا مضى فوالله لا وطئتك عاما فهما إيلا آن فى زمانين لا يدخل حكم أحدهما فى الآخر أحدهما منجز والآخر متأخر فإذا مضى حكم أحدهما بقى حكم الآخر لأنه أفرد كل واحد منهما بزمن غير زمن صاحبه فيكون له حكم ينفرد به .

فإن قال فى المحرم والله لا وطئتك هذا العام ثم قال والله لا وطئتك عاما من رجب إلى تمام اثنى عشر شهراً ، أو قال فى المحرم والله لا وطئتك عاما ثم قال فى رجب والله لا وطئتك عاما فهما إيلا آن فى مدتين بعض إحداهما داخل فى الأخرى فإن فاء فى رجب أو فيما بعده من بقية العام الأول حنث فى اليمينين وتجزئه كفارة واحدة وينقطع حكم الإيلاءين ، وإن فاء قبل رجب أو بعد العام الأول حنث فى إحدى اليمينين دون الأخرى ، وإن فاء فى الموضعين حنث فى اليمينين وعليه كفارتان

( فصل ) فإن قال لأربع نسوة والله لا أقربكن انبنى ذلك على أصل وهو الحنث بفعل بعض المحلوف عليه أو لا ، فإن قلنا يحنث فهو مول منهن كلهن فى الحال

لأنه لا يمكنه وطء واحدة بغير حنث فصار مانعاً لنفسه من وطء كل واحدة منهن في الحال ، فإن وطيء واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وزال الإيلاء من البواقي ؛ وإن طلق بعضهن أو مات لم ينحل الإيلاء في البواقي .

وإن قلنا لا يحنث بفعـــل البعض لم يكن مولياً منهن في الحال لأنه يمكنه وطء كل واحدة منهن من غير حنث فلم يمنع نفسه بيمينه من وطئها فلم يكن مولياً منها فإن وطيء ثلاثا صار موليا من الرابعة لأنه لا يمكنه وطؤها من غير حنث في يمينه وإن مات بعضهن أو طلقها انحلت يمينه وزال الإيلاء لأنه لا يحنث بوطئهن وإنما يحنث بوطء الأربع فإن راجع المطلقه أو تزوجها بعد بينونتها عاد حكم يمينه ، وذكر القاضي أنا إذا قلنا يحنث بفعل البعض فوطيء واحدة حنث ولم ينحل الإيلاء في البواقي لأن الإيلاء من امرأة لا ينحل بوطء غيرها .

ولنا : أنها يمين واحدة حنث فيها فوجب أن تنحل كسائر الايمان ولأنه إذا وطيء واحدة حنث ولزمته الكفارة فلا يلزمه بوطء الباقيات شيء فلم يبق ممتنعاً من وطئهن بحكم يمينه فانحل الإيلاء كما لو كفرها ، واختلف أصحاب الشافعي فقال بعضهم : لا يكون مولياً منهن حتى يطأ ثلاثاً فيصير مولياً من الرابعة ، وحكى المزني عن الشافعي أنه يكون مولياً منهن كلهن يوقف لكل واحدة منهن فإذا أصاب بعضهن خرجت من حكم الإيلاء ، ويوقف لمن بقي حتى يفيء أو يطلق ، ولا يحنث حتى يطأ الأربع ، وقال أصحاب الرأي : يكون مولياً منهن كلهن فإن تركهن أربعة أشهر بن منه جميعاً بالإيلاء ، وإن وطيء بعضهن سقط الإيلاء في حقها ولا يحنث إلا بوطئهن جميعاً .

ولنا : أن من لا يحنث بوطئها لا يكون مولياً منها كالتي يحلف عليها .

( فصل ) فإن قال والله لا وطئت واحدة منكن ونوى واحدة بعينها تعلقت يمينه بها وحدها وصار مولياً منها دون غيرها ، وإن نوى واحدة مبهمة منهن لم يصر مولياً منهن في الحال فإذا وطيء ثلاثا كان موليا من الرابعة ويحتمل أن تخرج المولى منها بالقرعة كالطلاق إذا أوقعه في مبهمة من نسائه ، وإن أطلق صار موليا منهن كلهن في الحال لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بالحنث فإن طلق واحدة منهن أو ماتت كان موليا من البواقي ، وإن وطيء واحدة منهن حنث وانحلت يمينه

وسقط حكم الإيلاء فى الباقيات لأنها يمين واحدة فإذا حنث فيها مرة لم يحنث مرة ثانية ولا يبقى حكم اليمين بعد حنثه فيها بخلاف ما إذا طلق واحدة أو ماتت فإنه لم يحنث ثم فبقى حكم يمينه فيمن بقى منهن ، وهذا مذهب الشافعى ، وذكر القاضى أنه إذا أطلق كان الإيلاء فى واحدة غير معينة وهو اختيار بعض أصحاب الشافعى لأن لفظه تناول واحدة منكرة فلا يقتضى العموم .

ولنا : أن النكرة فى سياق النفى تعم كقوله ( ولم يتخذ صاحبة ) وقوله ( ولم يكن له كفواً أحد ) وقوله ( ومن لم يجعل الله له نوراً فما له من نور ) ولو قال إنسان والله لا شربت ماء من إداوة حنث بالشرب من أى إداوة كانت فيجب حمل اللفظ عند الإطـــلاق على مقتضاه فى العموم ، وإن قال نويت واحدة معينة أو واحدة مبهمة قبل منه لأن اللفظ يحتمله احتمالا غير بعيد . وهذا مذهب الشافعى إلا أنه إذا أبهم المحلوف عليها فله أن يعينها بقوله . وأصل هـذا مذكور فى الطلاق .

( فصل ) فإن قال والله لا وطئت كل واحدة منكن صار موليا منهن كلهن فى الحال ولا يقبل قوله نويت واحدة منهن معينة ولا مبهمة لأن لفظة «كل» أزالت احتمال الخصوص ، ومتى حنث فى البعض انحل الإيلاء فى الجميع كالتى قبلها ، وقال القاضى وبعض أصحاب الشافعى لا تنحل فى الباقيات .

ولنا : أنها يمين واحدة حنث فيها فسقط حكمها كما لو حلف على واحدة ، ولأن اليمين الواحدة إذا حنث فيها مرة لم يمكن الحنث فيها مرة أخرى فلم يبق ممتنعا من وطء الباقيات بحكم اليمين فلم يبق الإيلاء كسائر الأيمان التى حنث فيها ، وفى هـذه المواضع التى قلنا بكونه موليا منهن كلهن إذا طالبن كلهن بالفيئة وقف لهن كلهن وإن طالبن فى أوقات مختلفة ففيه روايتان .

إحداهما : يوقف للجميع وقت مطالبة أولاهن قال القاضى وهو ظاهر كلام أحمد .

والثانية : يوقف لكل واحده منهن عند مطالبتها اختاره أبو بكر وهو مذهب الشافعى ، فإذا وقف للأولى وطلقها ووقف للثانية فإن طلقها وقف للثالثة فإن طلقها

وقف للرابعة ، وكذلك من مات منهن لم يمنع من وقفه للأخرى لأن يمينه لم تنحل وإيلاؤه باق لعدم حنثه فيهن ، وإن وطىء إحداهن حين وقف لها أو قبله انحلت يمينه وسقط حكم الإيلاء فى الباقيات على ما قلناه ، وعلى قول القاضى ومن وافقه يوقف للباقيات كما لو طلق التى وقف لها .

( فصل ) فإن قال كلما وطئت واحدة منكن فضرائرها طوالق فإن قلنا ليس هذا بإيلاء فلا كلام وإن قلنا هو إيلاء فهو مول منهن جميعا لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بطلاق ضرائرها فيوقف لهن فإن فاء إلى واحدة طلق ضرائرها فإن كان الطلاق بائنا انحل الإيلاء لأنه لم يبق ممنوعا من وطئها بحكم يمينه ، وإن كان رجعيا فراجعهن بقى حكم الإيلاء فى حقهن لأنه لا يمكنه وطء واحدة إلا بطلاق ضرائرها ، وكذلك إن راجع بعضهن لذلك إلا أن المدة تستأنف من حين الرجعة ، ولو كان الطلاق بائنا فعاد فتزوجهن أو تزوج بعضهن عاد حكم الإيلاء واستؤنفت المدة من حين النكاح ، وسواء تزوجهن فى العدة أو بعدها أو بعد زوج آخر وإصابة لما سنذكره فيما بعد ، وإن قال نويت واحدة بعينها قبل منه وتعلقت يمينه بها فإذا وطئها طلق ضرائرها وإن وطىء غيرها لم يطلق منهن شىء ، يكون موليا من المعينة دون غيرها لأنها التى يلزمه بوطئها الطلاق دون غيرها .

( فصل ) الشرط الثالث أن يحلف على ترك الوطء فى الفرج ، ولو قال والله لا وطئتك فى الدبر لم يكن موليا لأنه لم يترك الوطء الواجب عليه ولا تتضرر المرأة بتركه وإنما هو وطء محرم وقد أكد منع نفسه منه بيمينه ، وإن قال والله لا وطئتك دون الفرج لم يكن موليا لأنه لم يحلف على الوطء الذى يطالب به فى الفيئة ولا ضرر على المرأة فى تركه ، وإن قال والله لا جامعتك إلا جماع سوء سئل عما أراد فإن قال أردت الجماع فى الدبر فهو مول لأنه حلف على ترك الوطء فى الفرج وكذلك إن قال أردت أن لا أطأها إلا دون الفرج ، وإن قال أردت جماعا ضعيفا لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن موليا لأنه يمكنه الوطء الواجب عليه فى الفيئة بغير حنث وإن قال أردت وطئا لا يبلغ التقاء الختانين فهو مول لأنه لا يمكنه الوطء الواجب عليه فى الفيئة بغير حنث وإن لم تكن له نية فليس بمول لأنه محتمل فلا يتعين ما يكون به موليا ، وإن قال

والله لاجامعتك جماع سوء لم يكن موليا بحال لأنه لم يحلف على ترك الوطء إنما حلف على ترك صفته المكروهة .

( فصل ) الشرط الرابع أن يكون المحلوف عليها امرأه لقول الله تعالى ( للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ) ولأن غير الزوجة لا حق لها فى وطئه فلا يكون موليا منها كالأجنبية فإن حلف على ترك وطء أمته لم يكن موليا لما ذكرنا وإن حلف على ترك وطء أجنبية ثم نكحها لم يكن مولياً لذلك ، وبه قال الشافعى وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال مالك يصير موليا إذا بقى من مدة يمينه أكثر من أربعة أشهر لأنه ممتنع من وطء امرأته بحكم يمينه مدة الإيلاء فكان مولياً كما لو حلف فى الزوجية ، وحكى عن أصحاب الرأى أنه إن مرت به امرأة فحلف أن لا يقربها ثم تزوجها لم يكن موليا ، وإن قال إن تزوجت فلانة فوالله لا قربتها صار موليا لأنه أضاف اليمين إلى حال الزوجية فأشبه ما لو حلف بعد تزويجها .

ولنا : قول الله تعالى ( الذين يؤلون من نسائهم ) وهذه ليست من نسائه ولأن الإيلاء حكم من أحكام النكاح فلم يتقدمه كالطلاق والقسم ولأن المدة تضرب له لقصده الإضرار بها بيمينه وإذا كانت اليمين قبل النكاح لم يكن قاصداً للاضرار فأشبه الممتنع بغير يمين ، قال الشريف أبو جعفر وقد قال أحمد يصح الظهار قبل النكاح لأنه يمين فعلى هذا التعليل يصح الإيلاء قبل النكاح . والمنصوص أنه لا يصح لما ذكرناه .

( فصل ) فإن آلى من الرجعية صح إيلاؤه : وهذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وذكر ابن حامد أن فيه رواية أخرى أنه لا يصح إيلاؤه لأن الطلاق يقطع مدة الإيلاء إذا طرأ فلأن يمنع صحته ابتداء أولى .

ولنا : أنها زوجة يلحقها طلاقه فصح إيلاؤه منها كغير المطلقة ، وإذا آلى منها احتسب بالمدة من حين آلى وإن كانت فى العدة ، ذكره ابن حامد وهو قول أبى حنيفة ويجىء على قول الخرقى أن لا يحتسب عليه بالمدة إلا من حين راجعها لأن ظاهر كلامه أن الرجعية محرمة . وهذا مذهب الشافعى لأنها معتدة منه فأشبهت البائن ، ولأن الطلاق

إذا طرأ قطع المدة ثم لايحتسب عليه بشيء من المدة قبل رجعتها فأولى أن لايستأنف المدة فى العدة .

ووجه الأول : أن من صح إيلاؤه احتسب عليه بالمدة من حين إيلائه كما لو لم تكن مطلقة ولأنها مباحة فاحتسب عليه بالمدة فيها كما لو لم يطلقها ، وفارق البائن فإنها ليست زوجة ولا يصح الإيلاء منها بحال فهى كسائر الأجنبيات .

( فصل ) ويصح الإيلاء من كل زوجة مسلمة كانت أو ذمية حرة كانت أو أمة لعموم قوله سبحانه ( للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ) ولأن كل واحدة منهن زوجة فصح الإيلاء منها كالحرة المسلمة ويصح الإيلاء قبل الدخول وبعده . وبهذا قال النخعى ومالك والأوزاعى والشافعى وقال عطاء والزهرى والثورى إنما يصح الإيلاء بعد الدخول .

ولنا : عموم الآية والمعنى لأنه ممتنع من جماع زوجته بيمينه فأشبه ما بعد الدخول ، ويصح الإيلاء من المجنونة والصغيرة إلا أنه لا يطالب بالفيئة فى الصغر والجنون لأنهما ليس من أهل المطالبة ، فأما الرتقاء والقرناء فلا يصح الإيلاء منهما لأن الوطء متعذر دائماً فلم تنعقد اليمين على تركه كما لو حلف لا يصعد السماء ، ويحتمل أن يصح وتضرب له المدة لأن المنع بسبب من جهتها فهى كالمريضة ، فعلى هذا ينبغى أن يفيء فيئة المعذور لأن الفيئه بالوطء فى حقها متعذرة فلا تمكن المطالبة به فأشبه المجبوب .

( فصل ) ويصح الإيلاء من كل زوج مكلف قادر على الوطء وأما الصبى والمجنون فلا يصح إيلاؤهما لأن القلم مرفوع عنهما ولأنه قول تجب بمخالفته كفارة أو حق فلم ينعقد منهما كالنذر ، وأما العاجز عن الوطء فإن كان لعارض مرجو زواله كالمرض والحبس صح إيلاؤه لأنه يقدر على الوطء فصح منه الإمتناع منه وإن كان غير مرجو الزوال كالجب والشلل لم يصح إيلاؤه لأنها يمين على ترك مستحيل ، فلم تنعقد كالو حلف أن لا يقلب الحجارة ذهبا ولأن الإيلاء اليمين المانعة من الوطء وهذا لا يمنعه يمينه فإنه متعذر منه ولا تضر المرأة يمينه .

قال أبو الخطاب ويحتمل أن يصح الإيلاء منه قياساً على العاجز بمرض أو حبس

وللشافعي في ذلك قولان والأول أولى لما ذكرنا ، فأما الخصي الذي سلت بيضتاه أو رضت فيمكن منه الوطء وينزل ماء رقيقا فيصح إيلاؤه وكذلك المجبوب الذي بقي من ذكره ما يمكن الجماع به .

( فصل ) ويصح إيلاء الذمي ويلزمه ما يلزم المسلم إذا تقاضوا إلينا وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وإن أسلم لم ينقطع حكم إيلائه ، وقال مالك : إن أسلم سقط حكم يمينه ، وقال أبو يوسف ومحمد إن حلف بالله لم يكن موليا لأنه لا يحنث إذا جامع لكونه غير مكلف ، وإن كانت يمينه بطلاق أو عتاق فهو مول لأنه يصح عتقه وطلاقه .

ولنا : قول الله تعالى ( للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ) ولأنه مانع نفسه باليمين من جماعها فكان موليا كالمسلم ولأن من صح طلاقه صح إيلاؤه كالمسلم ، ومن صحت يمينه عند الحاكم صح إيلاؤه كالمسلم .

( فصل ) ولا يشترط في الإيلاء الغضب ولا قصد الإضرار روى ذلك عن ابن مسعود وبه قال الثوري والشافعي وأهل العراق وابن المنذر . وروى عن علي رضي الله عنه ليس في إصلاح إيلاء ، وعن ابن عباس قال : إنما الإيلاء في الغضب ونحو ذلك عن الحسن والنخعي وقتادة . وقال مالك والأوزاعي وأبو عبيد من حلف لا يطأ زوجته حتى تفطم ولده لا يكون إيلاء إذا أراد الإصلاح لولده .

ولنا : عموم الآية ولأنه مانع نفسه من جماعها بيمينه فكان موليا كحال الغضب يحققه : أن حكم الإيلاء يثبت لحق الزوجة فيجب أن يثبت سواء قصد الإضرار أو لم يقصد كاستيفاء ديونها وإتلاف مالها ولأن الطلاق والظهار وسائر الايمان سواء في الغضب والرضى فكذلك الإيلاء ولأن حكم اليمين في الكفارة وغيرها سواء في الغضب والرضا فكذلك في الإيلاء ، وأما إذا حلف أن لا يطأها حتى تفطم ولده فإن أراد وقت الفطام وكانت مدته تزيد على أربعة أشهر فهو مؤل ، وإن أراد فعل الفطام لم يكن موليا لأنه ممكن قبل الأربعة الأشهر وليس بمحرم ولا فيه تفويت حق لها فلم يكن موليا كما لو حلف لا يطؤها حتى تدخل الدار .

( فصل ) فى الألفاظ التى يكون بها موليا وهى ثلاثة أقسام :

أحدها : ما هو صريح فى الحكم والباطن جميعاً وهو ثلاثة ألفاظ قوله : والله لا آتيك ولا أدخل ولا أغيب أو أولج ذكرى فى فرجك ولا افتضضتك للبكر خاصة فهذه صريحة ولا يدين فيها لأنها لا تحتمل غير الإيلاء .

القسم الثانى : صريح فى الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وهى عشرة ألفاظ : لا وطئتك ولا جامعتك ولا أصبتك ولا باشرتك ولا مسستك ولا قربتك ولا أتيتك ولا باضعتك ولا باعلتك ولا اغتسلت منك فهذه صريحة فى الحكم لأنها تستعمل فى العرف فى الوطء ، وقد ورد القرآن ببعضها فقال الله سبحانه ( ولا تقربوهن حتى يطهرن فإذا تطهرن فأتوهن ) وقال (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد وقال تعالى : ( من قبل أن تمسوهن ) .

وأما الجماع والوطء فهما أشهر الألفاظ فى الاستعمال فلو قال أردت بالوطء الوطء بالقدم وبالجماع اجتماع الأجسام ، وبالإصابة الإصابة باليد دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يقبل فى الحكم لأنه خلاف الظاهر والعرف . وقد اختلف قول الشافعى فيما عدا الوطء والجماع من هذه الألفاظ فقال فى موضع ليس بصريح فى الحكم لأنه حقيقة فى غير الجماع ، وقال فى : لا باضعتك ليس بصريح لأنه يحتمل أن يكون من التقاء البضعتين البضعة من البدن بالبضعة منه فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال « فاطمة بضعة منى » .

ولنا : أنه مستعمل فى الوطء عرفاً وقد ورد به القرآن والسنة فكان صريحا كلفظ الوطء والجماع وكونه حقيقة فى غير الجماع يبطل بلفظة الوطء والجماع وكذلك قوله فارقتك وسرحتك فى ألفاظ الطلاق فإنهم قالوا هى صريحة فى الطلاق مع كونها حقيقة فى غيره ، وأما قوله باضعتك فهو مشتق من البضع ولا يستعمل هذا اللفظ فى غير الوطء فهو أولى أن يكون صريحاً من سائر الألفاظ لأنها تستعمل فى غيره وبهذا قال أبو حنيفة .

القسم الثالث : مالا يكون إيلاء إلا بالنية وهو ما عدا هذه الالفاظ مما يحتمل الجماع كقوله والله لا يجمع رأسى ورأسك شىء لا ساقف رأسى رأسك لأسوءنك

لأغيظنك لتطولن غيبتى عنك لا مس جلدى جلدك لاقربت فراشـــك لا آويت معك لانمت عندك فهذه إن أراد بها الجماع واعترف بذلك كان مؤليا وإلا فلا لأن هذه الألفاظ ليست ظاهرة فى الجماع كظهور التى قبلها ولم يرد النص باستعمالهـا فيه إلا أن هذه الألفاظ منقسمة إلى ما يفتقر فيه إلى نية الجماع والمدة معا وهى قوله لأسوأنك ولأغيظنك ولتطولن غيبتى عنك فلا يكون موليا حتى ينوى ترك الجماع فى مدة تزيد على أربعة أشهر لأن غيظها يكون بترك الجماع فيما دون ذلك وفى سائر هذه الألفاظ يكون موليا بنية الجماع فقط ، وإن قال والله ليطولن تركى لجماعك أو لوطئك أو لاصابتك فهذا صريح فى ترك الجماع وتعتبر نية المدة دون نية الوطء لأنه صريح فيه ، وإن قال والله لاجامعتك إلا جماعاً ضعيفاً لم يكن موليـا إلا أن ينوى جماعاً لا يبلغ التقاء الختانين ، وإن قال والله لا أدخلت جميع ذكرى فى فرجك لم يكن موليـا لأن الوطء الذى يحصل به الفيئة يحصل بدون إيلاج جميع الذكر ، وإن قال والله لا أولجت حشفتى فى فرجك كان موليـا لأن الفيئة لا تحصل بدون ذلك .

( فصل ) وإن قال لاحدى زوجتيه والله لا وطئتك ثم قال للأخرى أشركتك معها لم يصر موليا من الثانية لأن اليمين بالله لا يصح إلا بلفظ صريح من اسم أو صفة والتشريك بينهما كناية فلم تصح به اليمين وقال القاضى يكون موليا منهمـا وإن قال إن وطئتك فأنت طالق ثم قال للأخرى أشركتك معها ونوى فقد صار طلاق الثانية معلقاً على وطئها أيضاً لأن الطلاق يصح بالكناية فإن قلنا ان ذلك إيلاء فى الاولى صار إيلاء فى الثانية لأنها صارت فى معناها وإلا فليس بإيلاء فى واحدة منهما ، وكذلك لو آلى رجل من زوجته فقـــال آخر لامرأته أنت مثل فلانة لم يكن موليا ، وقال أصحاب الرأى هو مول .

ولنا : أنه ليس بصريح فى القسم فلا يكون موليا به كما لو لم يشبهها بها .

( فصل ) ويصح الإيلاء بكل لغة من العجمية وغيرها ممن يحسن العربية ومن لا يحسنهـا لأن اليمين تنعقد بغير العربية وتجب بها الكفارة ، والمولى هو الحالف

بالله على ترك وطء زوجته الممتنع من ذلك بيمينه فإن آلى بالعجمية من لا يحسنها وهو لا يدرى معناها لم يكن موليا ، وإن نوى موجبها عند أهلها ، وكذلك الحكم إذا آلى بالعربية من لا يحسنها لأنه لا يصح منه قصد الإيلاء بلفظ لا يدرى معناه فإن اختلف الزوجان فى معرفته بذلك فالقول قوله إذا كان متكلما بغير لسانه لأن الأصل عدم معرفته بها . فأما أن آلى العربى بالعربية ثم قال جرى على لسانى من غير قصد أو قال ذلك العجمى فى إيلائه بالعجمية لم يقبل فى الحكم لأنه خلاف الظاهر .

(فصل) ومدة الإيلاء فى حق الأحرار والعبيد والمسلمين وأهل الذمة سواء . ولا فرق بين الحرة والأمة والمسلمة والذمية والصغيرة والكبيرة فى ظاهر المذهب وهو قول الشافعى وابن المنذر ، وعن أحمد رواية أخرى أن مدة إيلاء العبيد شهران وهو اختيار أبى بكر ، وقول عطاء والزهرى ومالك وإسحاق لأنهم على النصف فى الطلاق وعدد المنكوحات فكذلك فى مدة الإيلاء وقال الحسن والشعبى إيلاؤه من الأمة شهران ومن الحرة أربعة وقال الشعبى إيلاء الأمة نصف إيلاء الحرة ، وهذا قول أبى حنيفه لأن ذلك تتعلق به البينونة عنده واختلف بالرق والحرية كالطلاق ولأنها مدة يثبت ابتداؤها بقول الزوج فوجب أن يختلف برق المرأة وحريتها كمدة العدة .

ولنا : عموم الآية ولأنها مدة ضربت للوطء فاستوى فيها الرق والحرية كمدة العنة ، ولا نسلم أن البينونة تتعلق بها ، ثم يبطل ذلك بمدة العنة ويخالف مدة العدة لأن العدة مبنية على الكمال بدليل أن الاستبراء يحصل بقرء واحد ، وأما مدة الإيلاء فإن الاستمتاع بالحرة أكثر وكان ينبغى أن تتقدم مطالبتها مطالبة الأمة والحق على الحر فى الاستمتاع أكثر منه على العبد فلا تجوز الزيادة فى مطالبة العبد عليه .

« مسألة » قال : ( فإذا مضت أربعة أشهر ورافعته أمر بالفيئة والفيئة الجماع )

وجملة ذلك : أن المولى يتربص أربعة أشهر كما أمر الله تعالى ولا يطالب فيهن فإذا مضت أربعة أشهر ورافعته امرأته إلى الحاكم وقفه وأمره بالفيئة فإن أبى أمره

بالطلاق ولا تطلق زوجته بنفس مضى المدة قال أحمد فى الإيلاء يوقف عن الأكابر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم . عن عمر شيء يدل على ذلك ، وعن عثمان وعلى وجعل يثبت حديث على وبه قال ابن عمر وعائشة ، وروى ذلك عن أبى الدرداء وقال سليمان بن يسار : كان تسعة عشر رجلا من أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم يوقفون فى الإيلاء ، وقال سهيل بن أبى صالح : سألت اثنى عشر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فكلهم يقول : ليس عليه شيء حتى يمضى أربعة أشهر فيوقف فإن فاء وإلا طلق ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعروة ومجاهد وطاوس ومالك والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر ، وقال ابن مسعود وابن عباس وعكرمة وجابر بن زيد وعطاء والحسن ومسروق وقبيصة والنخعى والأوزاعى ، وابن أبى ليلى وأصحاب الرأى : إذا مضت أربعة أشهر فهى تطليقة بائنة ، وروى ذلك عن عثمان وعلى وزيد وابن عمر وروى عن أبى بكر بن عبدالرحمن ومكحول والزهرى تطليقة رجعية ، ويحكى عن ابن مسعود أنه كان يقرأ ( فإن فاءوا — فيهن — فإن الله غفور رحيم ) ولأن هذه مدة ضربت لاستدعاء الفعل منه فكان ذلك فى المدة كمده العنة .

ولنا : قول الله تعالى : ( للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ) وظاهر ذلك أن الفيئة بعد أربعة أشهر لذكره الفيئة بعدها بالفاء المقتضية للتعقيب ثم قال : ( وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم ) ولو وقع بمضى المدة لم يحتج إلى عزم عليه وقوله : ( سميع عليم ) يقتضى أن الطلاق مسموع ولا يكون المسموع إلا كلاماً ، ولأنها مدة ضربت له تأجيلا فلم يستحق المطالبة فيها كسائر الآجال ، ولأن هذه مدة لم يتقدمها إيقاع فلا يتقدمها وقوع كمدة العنة ومدة العنة حجة لنا فإن الطلاق لا يقع إلا بمضيها(١) ولأن مدة العنة ضربت له ليختبر فيها ويعرف عجزه عن الوطء بتركه فى مدتها وهذه ضربت تأخيراً له وتأجيلا ولا يستحق المطالبة إلا بعد مضى الأجل كالدين .

---

(١) فى نسخة : لا يقع بمضيها .

(فصل) وابتداء المدة من حين اليمين ولا يفتقر إلى ضرب مدة لانها ثبتت بالنص والإجماع فلم تفتقر إلى ضرب كمدة العنة ولا يطالب بالوطء فيها لما ذكرنا فإن وطئها فيها فقد عجلها حقها قبل محله وخرج من الإيلاء كمن عليه دين دفعه قبل الأجل ، وهكذا إن وطىء بعد المدة قبل المطالبة أو بعدها خرج من الإيلاء ، وسواء وطئها وهي عاقلة أو مجنونة أو يقظانة أو نائمة لأنه فعل ما حلف عليه فإن وطئها وهو مجنون لم يحنث ذكره ابن حامد وهو قول الشعبي .

وقال أبو بكر يحنث وعليه الكفارة لأنه فعل ما حلف عليه . والأول أصح لأنه غير مكلف والقلم عنه مرفوع ، ويخرج بوطئه عن الإيلاء لأنه قد وفاها حقها وحصل منه فى حقها ما يحصل من العاقل ، وإنما تسقط الكفارة عنه لرفع القلم عنه ، ذكر هذا ابن حامد وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وذكر القاضى مايدل على أنه يبقى موليا فانه قال إذا وطىء بعد إفاقته تجب عليه الكفارة لأن وطأه الأول ما حنث به ، وإذا بقيت يمينه بقى الإيلاء كما لو لم يطأ وهذا قول المزنى .

وينبغى أن يستأنف له مدة الإيلاء من حين وطىء لأنه لا ينبغى أن يطالب بالفيئة مع وجودها منه ولا يطلق عليه لانتفائها وهي موجودة ولكن تضرب له مدة ابقاء حكم يمينه . وقيل تضرب له المدة إذا عقل لأنه حينئذ يمنع من الوطء بحكم يمينه ، ومن قال بالأول قال قد وفاها حقها فلم يبق الإيلاء كما لو حنث ولا يمتنع انتفاء الإيلاء مع اليمين كما لو حلف لا يطأ أجنبية ثم تزوجها .

(فصل) وإن وطىء العاقل ناسياً ليمينه فهل يحنث ؟ على روايتين ، فإن قلنا يحنث انحل إيلاؤه وذهبت يمينه . وإن قلنا : لا يحنث فهل ينحل إيلاؤه ؟ على وجهين قياساً على المجنون ، وكذلك يخرج فيما إذا آلى من إحدى زوجتيه ثم وجدها على فراشه فظنها الأخرى فوطئها لأنه جاهل بها والجاهل كالناسى فى الحنث وكذلك إن ظنها أجنبية فبانت زوجته .

وإن استدخلت ذكره وهو نائم لم يحنث لأنه لم يفعل ما حلف عليه ولأن القلم مرفوع عنه ، وهل يخرج من حكم الإيلاء ؟ يحتمل وجهين . أحدهما يخرج لأن

المرأة وصلت إلى حقها فأشبه مالو وطىء . والثانى : لا يخرج من حكم الإيلاء لأنه ما وفاها حقها وهو باق على الامتناع من الوطء بحكم اليمين ، فكان موليا كما لو لم يفعل به ذلك ، والحكم فيما إذا وطىء وهو نائم كذلك لأنه لايحنث به .

( فصل ) وإن وطئها وطئا محرماً مثل أن وطئها حائضاً أو نفساء أو محرمة أو صائمة صوم فرض أو كان محرماً أو صائماً أو مظاهراً حنث وخرج من الإيلاء وهـذا مذهب الشافعى . وقال أبو بكر قياس المذهب ان لا يخرج من الإيلاء لأنه وطء لايؤمر به فى الفيئة فلم يخرج به من الإيلاء كالوطء فى الدبر ، ولا يصح هـذا لأن يمينه انحلت ولم يبق ممتنعاً من الوطء بحكم اليمين فلم يبق الإيلاء كما لو كفر يمينه أو كما لو وطئها مريضة .

وقد نص أحمد فيمن حلف ثم كفر يمينه أنه لا يبقى موليا لعدم حكم اليمين مع أنه ماوفاها حقها : فلأن يزول بزوال اليمين بحنثه فيها أولى . وقد ذكر القاضى فى المحرم والمظاهر أنهما إذا وطئا فقد وفياها حقهـا . وفارق الوطء فى الدبر فإنه لا يحنث به وليس بمحل للوطء بخلاف مسألتنا .

( فصل ) وإذا آلى منها وثم عذر يمنع الوطء من جهة الزوج كمرضه أو حبسه أو إحرامه أو صيامه حسبت عليه المدة من حين إيلائه لأن المانع من جهته وقد وجد التمكين الذى عليها ولذلك لو أمكنته من نفسها وكان ممتنعاً لعذر وجبت لها النفقة وإن طرأ شىء من هذه الأعذار بعد الإيلاء أو جن لم تنقطع المدة للمعنى الذى ذكرناه ، وإن كان المانع من جهتها نظرنا فإن كان حيضاً لم يمنع ضرب المدة لأنه لو منع لم يمكن ضرب المدة لأن الحيض فى الغالب لا يخلو منه شهر فيؤدى ذلك إلى إسقاط حكم الإيلاء وإن طرأ الحيض لم يقطع المدة لما ذكرنا وفى النفاس وجهان . أحدهما : هوكالحيض لأن أحكامه أحكام الحيض . والثانى : هوكسائر الأعذار التى من جهتها لأنه نادر غير معتاد فأشبه سائر الأعذار ، وأما سائر الأعذار التى من جهتها كصغرها ومرضها وحبسها وإحرامها وصيامها واعتكافها المفروضين ونشوزها وغيبتها فمتى وجد منها شىء حال الإيلاء لم تضرب له المدة حتى يزول لأن

المدة تضرب لامتناعه من وطئها والمنع ههنا من قبلها ، وإن وجد شيء من هذه الأسباب استؤنفت المدة ولم يبن على ما مضى لأن قوله سبحانه (تربص أربعة أشهر) يقتضى متوالية فإذا قطعتها وجب استئنافها كمدة الشهرين فى صوم الكفارة ، وإن حنث وهربت من يده انقطعت المدة وإن بقيت فى يده وأمكنه وطؤها احتسب عليه بها .

فإن قيل : فهذه الأسباب منها مالا صنع لها فيه فلا ينبغى أن تقطع المدة كالحيض ، قلنا : إذا كان المنع لمعنى فيها فلا فرق بين كونه بفعلها أو بغير فعلها ، كما أن البائع إذا تعذر عليه تسليم المعقود عليه لم يتوجه له المطالبة بعوضه سواء كان لعذر أو غير عذر ، وإن آلى فى الردة لم تضرب له المدة إلا من حين رجوع المرتد منهما إلى الإسلام ، وإن طرأت الردة فى أثناء المدة انقطعت لأن النكاح قد تشعث وحرم الوطء فإذا عاد إلى الإسلام استؤنفت المدة سواء كانت الردة منهما أو من أحدهما ، وكذلك إن أسلم أحد الزوجين الكافرين أو خالعها ثم تزوجها والله أعلم .

( فصل ) وإذا انقضت المدة فلها المطالبة بالفيئة إن لم يكن عذر فإن طالبته فطلب الإمهال فإن لم يكن له عذر لم يمهل لأنه حق توجه عليه لا عذر له فيه فلم يمهل به كالدين الحال ولأن الله تعالى جعل المدة أربعة أشهر فلا تجوز الزيادة عليها بغير عذر وإنما يؤخر قدر ما يتمكن من الجماع فى حكم العادة فإنه لا يلزمه الوطء فى مجلسه وليس ذلك بإمهال ، فإن قال أمهلونى حتى آكل فإنى جائع أو ينهضم الطعام فإنى كظيظ أو أصلى الفرض أو أفطر من صومى أمهل بقدر ذلك فانه يعتبر أن يصير إلى حال يجامع فى مثلها فى العادة وكذلك يمهل حتى يرجع إلى بيته لأن العادة فعل ذلك فى بيته ، وإن كان لها عذر يمنع من وطئها لم يكن لها المطالبة بالفيئة لأن الوطء ممتنع من جهتها فلم يكن لها مطالبته بما يمنعه منه ولأن المطالبة مع الاستحقاق وهى لا تستحق الوطء فى هذه الاحوال وليس لها المطالبة بالطلاق لأنه إنما يستحق عند امتناعه من الفيئة الواجبه ولم يجب عليه شيء ولكن تتأخر المطالبة إلى حال زوال العذر ، إن لم يكن العذر قاطعاً للمدة كالحيض أو كان العذر حدث بعد انقضاء المدة .

( فصل ) فان عفت عن المطالبة بعد وجوبها فقال بعض أصحابنا : يسقط حقها وليس لها المطالبة بعده . وقال القاضى هذا قياس المذهب لأنها رضيت باسقاط حقها من الفسخ لعدم الوطء فسقط حقها منـــه كامرأة العنين إذا رضيت بعنته ، ويحتمل أن لا يسقط حقها ولها المطالبة متى شاءت . وهذا مذهب الشافعى لأنها تثبت لرفع الضرر بترك ما يتجدد مع الأحوال فكان لها الرجوع كما لو أعسر بالنفقة فعفت عن المطالبة بالفسخ ثم طالبت ، وفارق الفسخ للعنة فانه فسخ لعيبه فتى رضيت بالعيب سقط حقها كما لو عفا المشترى عن عيب المبيع، وإن سكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك لأن حقها يثبت على التراخى فلم يسقط بتأخير المطالبة كاستحقاق النفقة .

( فصل ) والأمة كالحرة فى استحقاق المطالبة سواء عفا السيد عن ذلك أو لم يعف ، لأن الحق لها حيث كان الاستمتاع يحصل لها ، فان تركت المطالبة لم يكن لمولاها الطلب لأنه لاحق له ، فان قيل : حقه فى الولد ولهذا لم يجز العزل عنها إلا باذنه ، قلنا : لايستحق على الزوج استيلاد المرأة ولذلك لو حلف ليعزلن عنها أو لا يستولدها لم يكن موليا ، ولو أن المولى وطىء بحيث يوجد التقاء الختانين حصلت الفيئة وزالت عنه المطالبة وإن لم ينزل ، وإنما استؤذن السيد فى العزل لانه يضر بالامة فربما نقص قيمتها .

( فصل ) فان كانت المرأة صغيرة أو مجنونة فليس لها المطالبة لأن قولها غير معتبر وليس لوليهما المطالبة لها لان هذا طريقه الشهوة فلا يقوم غيرهما مقامهما فيه ، فان كانتا ممن لايمكن وطؤهما لم يحتسب عليه بالمدة لأن المنع من جهتهما ، وإن كان وطؤهما ممكنا فان أفاقت المجنونة أو بلغت الصغيرة قبل انقضاء المدة تممت المدة ثم لها المطالبة ، وإن كان ذلك بعد انقضاء المدة فلهما المطالبة يومئذ لأن الحق لهما ثابت وإنما تأخر لعدم إمكان المطالبة ، وقال الشافعى لا تضرب المدة فى الصغيرة حتى تبلغ وقال أبو حنيفة تضرب المدة سواء أمكن الوطء أو لم يمكن الوطء فان لم يمكن فاء بلسانه وإلا بانت بانقضاء المـــدة وكذلك الحكم عنده فى الناشز والرتقاء والقرناء والتى غابت فى المدة لأن هذا إيلاء صحيح فوجب أن تتعقبه المدة كالتى يمكنه جماعها .

ولنا : أن حقها من الوطء يسقط بتعذر جماعها فوجب أن تسقط المدة المضروبة له كما يسقط أجل الدين بسقوطه ، وأما التي أمكنه جماعها فتضرب له المدة في حقها لأنه إيلاء صحيح ممن يمكنه جماعها فتضرب له المدة كالبالغة ، ومتى قصد الإضرار بها بترك الوطء أثم ويستحب أن يقال له اتق الله فإما أن تفيء وإما أن تطلق فإن الله تعالى قال ( وعاشروهن بالمعروف ) وقال تعالى ( فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ) وليس الإضرار من المعاشرة بالمعروف .

« مسألة » قال (والفيئة الجماع)

ليس في هذا اختلاف بحمد الله . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الفيء الجماع ، كذلك قال ابن عباس ، وروى ذلك عن علي وابن مسعود . وبه قال مسروق وعطاء والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير والثوري والأوزاعي والشافعي وأبو عبيدة وأصحاب الرأي إذا لم يكن عذر وأصل الفيء الرجوع ولذلك يسمى الظل بعد الزوال فيئاً لأنه رجع من المغرب إلى المشرق فسمى الجماع من المولى فيئة لأنه رجع إلى فعل ما تركه ، وأدنى الوطء الذي تحصل به الفيئة أن تغيب الحشفة في الفرج ، فان أحكام الوطء تتعلق به ، ولو وطيء دون الفرج أو في الدبر لم يكن فيئة لأنه ليس بمحلوف على تركه ولا يزول الضرر بفعله .

( فصل ) وإذا فاء لزمته الكفارة في قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن زيد وابن عباس ، وبه قال ابن سيرين والنخعي والثوري وقتادة ومالك وأهل المدينة وأبو عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وله قول آخر لا كفارة عليه وهو قول الحسن ، وقال النخعي كانوا يقولون ذلك لأن الله تعالى قال ( فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ) قال قتادة هذا خالف الناس يعني قول الحسن .

ولنا : قول الله تعالى ( ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته اطعام عشرة مساكين — الآية إلى قوله — ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم) وقال سبحانه ( قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك » متفق عليه ، ولأنه حالف حانث في يمينه فلزمته الكفارة كما لو حلف على ترك فريضة ثم

فعلها، والمغفرة لا تنافى الكفارة فإن الله تعالى قد غفر لرسوله صلى الله عليه وسلم ما تقدم من ذنبه وما تأخر ، وقد كان يقول « إنى والله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذى هو خير وتحللتها » متفق عليه .

( فصل ) وإن كان الإيلاء بتعليق عتق أو طلاق وقع بنفس الوطء لأنه معلق بصفة وقد وجدت ، وإن كان على نذر أو عتق أو صوم أو صلاة أو صدقة أو حج أو غير ذلك من الطاعات أو المباحات فهو مخير بين الوفاء به وبين كفارة يمين لأنه نذر لجاج وغضب ، فهذا حكمه ، وإن علق طلاقها الثلاث بوطئها لم يؤمر بالفيئة وأمر بالطلاق لأن الوطء غير ممكن لكونها تبين منه بإيلاج الحشفة فيصير مستمتعاً بأجنبية . وهذا قول بعض أصحاب الشافعى ، وأكثرهم قالوا تجوز الفيئة لأن النزع ترك للوطء وترك الوطء ليس بوطء . وقد ذكر القاضى أن كلام أحمد يقتضى روايتين كهذين الوجهين ، واللائق بمذهب أحمد تحريمه لوجوه ثلاثة أحدها : أن آخر الوطء حصل فى أجنبية كما ذكرنا فإن النزع يلتذ به كما يلتذ بالإيلاج ، فيكون فى حكم الوطء ولذلك قلنا فيمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فنزع أنه يفطر ، والتحريم ههنا أولى لأن الفطر بالوطء . ويمكن منع كون النزع وطئا ، والمحرم ههنا الاستمتاع والنزع استمتاع فكان محرما ، ولأن لمسها على وجه التلذذ بها محرم فلمس الفرج بالفرج أولى بالتحريم ، فإن قيل : فهذا إنما يحصل ضرورة ترك الوطء المحرم . قلنا : فإذا لم يمكن الوطء إلا بفعل محرم حرم ضرورة ترك الحرام كما لو اختلط لحم خنزير بلحم مباح لا يمكنه أكله إلا بأكل لحم الخنزير حرم ولو اشتبهت ميتة بمذكاة أو امرأته بأجنبية حرم الكل .

الوجه الثانى : أنه بالوطء يحصل الطلاق بعد الإصابة وهو طلاق بدعة ، وكما يحرم إيقاعه بلسانه يحرم تحقيق سببه . الثالث : أن يقع به طلاق البدعة من وجه آخر وهو جمع الثلاث فإن وطىء فعليه أن ينزع حين يولج الحشفة ولا يزيد على ذلك ولا يلبث ولا يتحرك عند النزع لأنها أجنبية فإذا فعل ذلك فلا حد ولا مهر لأنه تارك للوطء ، وإن لبث أو تمم الإيلاج فلا حد عليه لتمكن الشبهة منه لكونه وطئا بعضه فى زوجته ، وفى المهر وجهان . أحدهما : يلزمه ، لأنه حصل

منه وطء محرم فى محل غير مملوك فأوجب المهر كما لو أولج بعد النزع . والثانى : لا يجب ، لأنه تابع الايلاج فى محل مملوك فكان تابعاً له فى سقوط المهر ، وإن نزع ثم أولج وكانا جاهلين بالتحريم فلا حد عليهما وعليه المهر لها ويلحقه النسب وإن كانا عالمين بالتحريم فعليهما الحد لأنه إيلاج فى أجنبية بغير شبهة فأشبه ما لو طلقها ثلاثا ثم وطئها ولا مهر لها لأنها مطاوعة على الزنا ولا يلحقه النسب لأنه من زنا لا شبهة فيه .

وذكر القاضى وجهاً أنه لا حد عليهما لأن هذا مما يخفى على كثير من الناس وهو وجه لأصحاب الشافعى ، والصحيح الأول ، لأن الكلام فى العالمين وليس هو فى مظنة الخفاء ، فإن أكثر المسلمين يعلمون أن الطلاق الثلاث محرم للمرأة ، وإن كان أحدهما عالما والآخر جاهلا نظرت فإن كان هو العالم فعليه الحد ولها المهر ولا يلحقه النسب لأنه زان محدود ، وإن كانت هى العالمة دونه فعليه الحد وحدها ولا مهر لها والنسب لاحق بالزوج لأن وطأه وطء شبهة .

( فصل ) وإن قال إن وطئتك فأنت على كظهر أمى فقال أحمد : لا يقربها حتى يكفر وهذا نص فى تحريمها قبل التكفير وهو دليل على تحريم الوطء فى المسألة التى قبلها بطريق التنبيه لأن المطلقة ثلاثاً أعظم تحريما من المظاهر منها وإذا وطىء ههنا فقد صار مظاهراً من زوجته وزال حكم الايلاء ، ويحتمل أن أحمد إنما أراد إذا وطئها مرة فلا يطؤها حتى يكفر لكونه صار بالوطء مظاهراً إذ لا يصح تقديم الكفاره على الظهار لأنه سببها ولا يجوز تقديم الحكم على سببه ، ولو كفر قبل الظهار لم يجزئه ، وقد روى إسحاق قال قلت لأحمد فيمن قال لزوجته أنت على كظهر أمى إن قربتك إلى سنة ؟ قال إن جاءت تطلب فليس له أن يعضلها بعد مضى الأربعة الأشهر يقال له إما أن تفىء وإما أن تطلق فإن وطئها فقد وجب عليه كفارة وإن أبى وأرادت مفارقته طلقها الحاكم عليه ، فينبغى أن تحمل الرواية الأولى على المنع من الوطء بعد الوطء الذى صار به مظاهراً لما ذكرناه فتكون الروايتان متفقتين والله تعالى أعلم .

« مسألة » قال (أو يكون له عذر من مرض أو إحرام أو شيء لا يمكن معه الجماع فيقول متى قدرت جامعتها فيكون ذلك من قوله فيئة للعذر)

وجملة ذلك : أنه إذا مضت المدة وبالمولى عذر يمنع الوطء من مرض أو حبس بغير حق أو غيره لزمه أن يفيء بلسانه فيقول متى قدرت جامعتها ونحو هذا . وممن قال يفيء بلسانه إذا كان ذا عذر ابن مسعود وجابر بن زيد والنخعي والحسن والزهري والثوري والأوزاعي وعكرمة وأبو عبيد واصحاب الرأي ، وقال سعيد ابن جبير لا يكون الفيء إلا بالجماع في حال العذر وغيره وقال أبو ثور إذا لم يقدر لم يوقف حتى يصح أو يصل إن كان غائباً ولا تلزمه الفيئة بلسانه لأن الضرر بترك الوطء لا يزول بالقول . وقال بعض الشافعية يحتاج أن يقول قد ندمت على مافعلت وإن قدرت وطئت .

ولنا : أن القصد بالفيئة ترك ما قصده من الاضرار وقد ترك قصد الاضرار بما أتى به من الاعتذار . والقول مع العذر يقوم مقام فعل القادر ، بدليل أن إشهاد الشفيع على الطلب بالشفعة عند العجز عن طلبها يقوم مقام طلبها في الحضور في إثباتها ولا يحتاج أن يقول ندمت لأن الغرض أن يظهر رجوعه عن المقام على اليمين وقد حصل بظهور عزمه عليه ، وحكى أبو الخطاب عن القاضي أن فيئة المعذور أن يقول فئت إليك وهو قول الثوري وأبي عبيد وأصحاب الرأي . والذي ذكر القاضي في المجرد مثل ما ذكر الخرقي وهو أحسن لأن وعده بالفعل عند القدرة عليه دليل على ترك قصد الاضرار وفيه نوع من الاعتذار وإخبار بإزالته للضرر عند إمكانه ولا يحصل بقوله فئت إليك شيء من هذا . فأما العاجز لجب أو شلل ففيئته أن يقول لو قدرت لجامعتها لأن ذلك يزيل ما حصل بإيلائه .

(فصل) والإحرام كالمرض في ظاهر قول الخرقي : وكذلك على قياسه الاعتكاف المنذور والظهار . وذكر أصحابنا أن المظاهر لا يمهل ويؤمر بالطلاق فيخرج من هذا أن كل عذر من فعله يمنعه الوطء لا يمهل من أجله وهو مذهب الشافعي لأن الامتناع بسبب منه فلا يسقط حكما واجباً عليه ، فعلى هذا لا يؤمر بالوطء لأنه محرم عليه ولكن يؤمر بالطلاق ، ووجه القول الاول أنه عاجز عن

الوطء بأمر لا يمكنه الخروج منه فأشبه المريض فأما المظاهر فيقال له إما أن تكفر وتفيء وإما أن تطلق فإن قال أمهلونى حتى أطلب رقبة أو أطعم فإن علم أنه قادر على التكفير فى الحال وإنما يقصد المدافعة والتأخير لم يمهل لأن الحق حال عليه وإنما يمهل للحاجة ولا حاجة ، وإن لم يعلم ذلك أمهل ثلاثة أيام لأنها قريبة ولا يزاد على ذلك وإن كان فرضه الصيام فطلب الإمهال ليصوم شهرين متتابعين لم يمهل لأنه كثير ، ويتخرج أن يفيء بلسانه فيئة المعذور ويمهل حتى يصوم كقولنا فى المحرم ، فإن وطئها فقد عصى وانحل إيلاؤه ولها منعه منه . لأن هذا الوطء محرم عليهما .

وقال القاضى : يلزمها التمكين وإن امتنعت سقط حقها لأن حقها فى الوطء وقد بذله لها ، ومتى وطئها فقد وفاها حقها والتحريم عليه دونها .

ولنا : أنه وطء حرام فلا يلزم التمكين منه كالوطء فى الحيض والنفاس . وهذا ينقض دليلهم ، ولا نسلم كون التحريم عليه دونها فإن الوطء متى حرم على أحدهما حرم على الآخر لكونه فعلا واحداً ، ولو جاز اختصاص أحدهما بالتحريم لاختصت المرأة بتحريم الوطء فى الحيض والنفاس وإحرامها وصيامها لاختصاصها بسببه .

( فصل ) وإن انقضت المده وهو محبوس بحق يمكن أداؤه طولب بالفيئة لأنه قادر عليها بأداء ما عليه فإن لم يفعل أمر بالطلاق ، وإن كان عاجزاً عن أدائه أو حبس ظلماً أمر بفيئة المعذور ، وإن انقضت وهو غائب والطريق آمن فلها أن توكل من يطالبه بالمسير إليها أو حملها إليه فإن لم يفعل أخذ بالطلاق وإن كان الطريق مخوفا أو له عذر يمنعه فاء فيئة المعذور .

( فصل ) فإن كان مغلوباً على عقله بجنون أو إغماء لم يطالب لأنه لا يصلح للخطاب ولا يصح منه الجواب ، وتتأخر المطالبة إلى حال القدره وزوال العذر ثم يطالب حينئذ ، وإن كان مجبوباً وقلنا : يصح إيلاؤه فاء فيئة المعذور فيقول لو قدرت جامعتها .

( فصل ) وإذا انقضت المدة فادعى أنه عاجز عن الوطء فإذا كان قد وطئها مرة لم تسمع دعواه العنة كما لا تسمع دعواها عليه ويؤخذ بالفيئة أو بالطلاق كغيره

وإن لم يكن وطئها ولم تكن حاله معروفة ، فقال القاضي : تسمع دعواه ويقبل قوله لأن التعنين من العيوب التي لا يقف عليها غيره ، وهذا ظاهر نص الشافعي ، ولها أن تسأل الحاكم فيضرب له مدة العنة بعد أن يفيء فيئة أهل الأعذار .

وفيه وجه آخر : أنه لا يقبل قوله لأنه متهم في دعوى ما يسقط عنه حقاً توجه عليه الطلب به والأصل سلامته منه ، وإن ادعت أنه قد أصابها مرة وأنكر ذلك لم يكن لها المطالبة بضرب مدة العنة لاعترافها بعدم عنته والقول قوله في عدم الإصابة .

« مسألة » قال ( فمتى قدر فلم يفعل أمر بالطلاق )

وجملة الأمر : أن المولى إذا وقف وطولب بالفيئة وهو قادر عليها ، فلم يفعل أمر بالطلاق . وهذا قول كل من يقول بوقف المولى لأن الله تعالى قال ( فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ) فإذا امتنع من أداء الواجب لها عليه فقد امتنع من الإمساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح بالإحسان ، وإن كان معذوراً ففاء بلسانه ثم قدر على الوطء أمر به فإن فعل وإلا أمر بالطلاق وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو بكر : إذا فاء بلسانه لم يطالب بالفيئة مرة أخرى وخرج من الإيلاء ، وهو قول الحسن وعكرمة والأوزاعي لأنه فاء مرة فخرج من الإيلاء ولم تلزمه فيئة ثانية كما لو فاء بالوطء ، وقال أبو حنيفة تستأنف له مدة الإيلاء . لأنه وفاها حقها بما أمكنه من الفيئة فلا يطالب إلا بعد استئناف مدة الإيلاء كما لو طلقها .

ولنا : أنه أخر حقها لعجزه عنه فإذا قدر عليه لزمه ان يوفيها إياه كالدين على المعسر إذا قدر عليه . وما ذكروه فليس بحقها ولا يزول الضرر عنها به وإنما وعدها بالوفاء ولزمها الصبر عليه وإنكاره كالغريم المعسر .

( فصل ) وليس على من فاء بلسانه كفارة ولا حنث لأنه لم يفعل المحلوف عليه وإنما وعد بفعله فهو كمن عليه دين حلف أن لا يوفيه ثم أعسر به . فقال : متى قدرت وفيته .

« مسألة » قال ( فإن لم يطلق طلق الحاكم عليه )

وجملة الأمر : أن المولى إذا امتنع من الفيئة بعد التربص أو امتنع المعذور من الفيئة بلسانه أو امتنع من الوطء بعد زوال عذره أمر بالطلاق ، فإن طلق وقع طلاقه الذى أوقعه واحدة كانت أو أكثر ، وليس للحاكم إجباره على أكثر من طلقة . لأنه يحصل الوفاء بحقها بها فإنه يفضى إلى البينونة والتخلص من ضرره ، وإن امتنع من الطلاق طلق الحاكم عليه . وبهذا قال مالك ، وعن أحمد رواية أخرى : ليس للحاكم الطلاق عليه لأن ما خير الزوج فيه بين أمرين لم يقم الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض الزوجات فى حق من أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة أو أختان . فعلى هذا يحبسه ويضيق عليه حتى يفىء أو يطلق وللشافعى قولان كالروايتين .

ولنا : أن ما دخلته النيابة وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم مقامه فيه كقضاء الدين . وفارق الاختيار فإنه ما تعين مستحقه . وهذا أصح فى المذهب . وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق ولا يطلق إلا أن تطلب المرأة ذلك لأنه حق لها وإنما الحاكم يستوفى لها الحق فلا يكون إلا عند طلبها .

( فصل ) والطلاق الواجب على المولى رجعى سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه . وبهذا قال الشافعى قال الأثرم قلت لأبى عبدالله فى المولى فإن طلقها قال تكون واحدة وهو أحق بها . وعن أحمد رواية أخرى : أن فرقة الحاكم تكون بائناً ، ذكر أبو بكر الروايتين جميعاً .

وقال القاضى : المنصوص عن أحمد فى فرقة الحاكم أنها تكون بائنا . فإن فى رواية الأثرم وقد سئل إذا طلق عليه السلطان أتكون واحدة ؟ فقال إذا طلق فهى واحدة وهو أحق بها فأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة ، وقال أبو ثور : طلاق المولى بائن سواء طلق هو أو طلق عليه الحاكم لأنها فرقة لرفع الضرر فكان بائناً كفرقة العنة ، ولأنها لو كانت رجعية لم يندفع الضرر لأنه يرتجعها فيبقى الضرر ، وقال أبو حنيفة يقع الطلاق بانقضاء العدة بائنا . ووجه الأول أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعياً كالطلاق فى غير الإيلاء . ويفارق فرقة العنة لأنها فسخ لعيب وهذه طلقة ، ولأنه لو أبيح له ارتجاعها لم يندفع عنها الضرر وهذه

ينتدفع عنها الضرر فإنه إذا ارتجعها ضربت له مدة أخرى ، ولأن العنين قد يئس من وطئه فلا فائدة فى رجعته وهذا غيرعاجز ورجعته دليل على رغبته فيها وإقلاعه عن الإضرار بها فافترقا والله أعلم .

« مسألة » قال ( فإن طلق عليه ثلاثا فهى ثلاث ) .

وجملة الأمر : أن المولى إذا امتنع من الفيئة والطلاق معا وقام الحاكم مقامه فإنه يملك من الطلاق ما يملكه المولى وإليه الخيرة فيه إن شاء طلق واحدة وإن شاء اثنتين وإن شاء ثلاثا وإن شاء فسخ . قال القاضى : هذا ظاهر كلام أحمد وقال الشافعى ليس له إلا واحدة لأن إيفاء الحق يحصل بها فلم يملك زيادة عليها كما لم يملك الزيادة على وفاء الدين فى حق الممتنع .

ولنا أن الحاكم قائم مقامه فملك من الطلاق ما يملكه كما لو وكله فى ذلك وليس ذلك زيادة على حقها فإن حقها الفرقة غير أنها تتنوع وقد يرى الحاكم المصلحة فى تحريمها عليه ومنعه رجعتها لعلمه بسوء قصده وحصول المصلحة ببعده . قال أبو عبد الله إذا قال فرقت بينكما فإنما هو فسخ ، وإذا قال طلقت واحدة فهى واحدة وإذا قال ثلاثا فهى ثلاث .

« مسألة » قال ( وإن طلق واحدة وراجع وقد بقى من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر كان الحكم كما حكمنا فى الأول ) .

وجملة الأمر : أنه إذا طلق المولى أو طلق الحاكم عليه أقل من ثلاث فله رجعتها وعن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى : أن تفريق الحاكم ليس فيه رجعة . فإنه قال : وأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة فى العدة ولا بعدها ، فعلى هذه الرواية يكون طلاق الحاكم بائنا ليس فيه رجعة ، وقال أبو بكر فى كل فرقة فرقها الحاكم روايتان لعانا كانت أو غيره .

إحداهما : تحرم على التأبيد واختارها . والثانية : له المراجعة فيها بعقد جديد وهذا الصحيح وليس فى كلام أحمد ما يقتضى تحريمها عليه ، وقوله : ليس فيه رجعة فى العدة ولا بعدها يمكن حمله على أنه ليس له رجعتها بغير نكاح جديد لأنه قد صرح فى سائر الروايات به ، ولأنه لم يوجب سبب يقتضى تحريمها عليه وتفريق

الحاكم لا يقتضى سوى التفريق بينهما فى هذا النكاح ولذلك لو فرق بينهما لأجل العنة لم تحرم عليه.

وأما فرقة اللعان فإنها تحصل بدون تفريق الحاكم ولو حصلت بتفريق الحاكم غير أن المقتضى للتفريق والتحريم اللعان بدليل أنه لا يجوز إقرارهما على النكاح وإن تراضوا به بخلاف مسألتنا ، وأما على قول الخرقى فإن الطلاق إذا كان دون الثلاث فهو رجعى سواء كان من المولى أو الحاكم وهذا مذهب الشافعى لأن الحاكم نائبه فلا يقع طلاقه مفيداً كما لم يفده طلاق المولى كالوكيل ، فإن لم يراجع حتى انقضت عدتها بانت ولم يلحقها طلاق ثان . وهذا مذهب الشافعى ، وروى عن على « إذا سبق حد الايلاء حد الطلاق فهما تطليقتان ، وإن سبق حد الطلاق حد الايلاء فهى واحدة » ويقتضيه مذهب الزهرى . وهذا مبنى على أن الطلاق يقع بانقضاء مدة الايلاء من غير إيقاع وقد سبق ذكر ذلك . فأما إن فسخ الحاكم النكاح فليس للمولى الرجوع عليها إلا بنكاح جديد سواء كان فى العدة أو بعدها ولا ينقص به عدد طلاقه لأنه ليس بطلاق . فأشبه فسخ النكاح لعيبه أو عنته ، وإن طلق المولى أو الحاكم ثلاثا لم تحل له إلا بعد زواج ثان وإصابة ونكاح جديد . إذا ثبت هذا فإنه إذا طلق دون الثلاث فراجعها فى عدتها فإن مدة الايلاء تنقطع بالطلاق ولا يحتسب عليها بما قبل الرجعة من المدة لأنها صارت ممنوعة منه بغير اليمين فانقطعت المدة كما لو كان الطلاق بائنا فإن راجع استؤنفت المدة من حين رجعته فإن كان الباقى منها أقل من أربعة أشهر سقط الايلاء وإن كان أكثر منها تربصنا به أربعة أشهر ثم وقفناه ليفئ أو يطلق ثم يكون الحكم ههنا كالحكم فى وقفه الأول فإن طلق أو طلق الحاكم عليه واحدة ثم راجع وقد بقى من مدة الايلاء أكثر من أربعة أشهر انتظرناه أربعة أشهر ثم طولب بالفيئة أو الطلاق فإن طلق فقد كملت الثلاث وحرمت عليه . وهذا مذهب الشافعى ويقتضى مذهب أبى عبد الله بن حامد أنه إذا طلق استؤنفت المدة الأخرى من حين طلق فلو تمت أربعة أشهر قبل انقضاء عدة الطلاق وقف ثانيا فإن فاء وإلا أمر بالطلاق . ونحو هذا مذهب مالك وأبى عبيد ، وإن انقضت العدة قبل مدة الايلاء بانت وانقطع الايلاء فإن راجع

فى العدة قبل مدة الإيلاء تربص به تمـــام أربعة أشهر من حين طلق ، وعن ابن مسعود وعطاء الحسن والنخعى وقتادة والأوزاعى أن الطلاق يهدم الإيلاء . وهذا يحتمل أن يكون معناه أنه يقطع مدته فلا يحتسب بمدته قبل الرجعة فيكون قول الخرق مثله ، ويحتمل أنه يزيل حكمه بالكلية لأنه قد وفاها حقها بالطلاق فسقط حكم الإيلاء كما لو وطئها ، والجواب عن هذا أن حكم اليمين باق فى المنع من الوطء فيبقى الايلاء كما لو لم يطلق بخلاف الفيئة فإنها ترفع اليمين لحصـــول الحنث فيها .

« مسألة » قال ( ولو وقفناه بعد الأربعة أشهر فقال قد أصبتها فإن كانت ثيبا كان القول قوله مع يمينه ) .

وهذا قول الشافعى لأن الأصل بقاء النكاح والمرأة تدعى ما يلزمه به رفعه وهو يدعى ما يوافق الأصل ويبقيه فكان القول قوله كما لو ادعى الوطء فى العنة ولأن هذا أمر خفى ولا يعلم إلا من جهته فقبل قوله فيه كقول المرأة فى حيضها وتلزمه اليمين لأن ما تدعيه المرأة محتمل فوجب نفيه باليمين ونص أحمد فى رواية الأثرم على أنه لا يلزمه يمين لأنه لا يقضى فيه بالنكول وهذا اختيار أبى بكر ، فأما إن كانت بكراً واختلفا فى الاصابة أريت النساء الثقات فإن شهدن بثيوبتها فالقول قوله ، وإن شهدن ببكارتها فالقول قولها لأنه لو وطئها زالت بكارتها ، وظاهر قول الخرقى أنه لا يمين ههنا لقوله فى باب العنين فإن شهدن بما قالت أجل سنة ولم يذكر يمينه وهذا قول أبى بكر لأن البينة تشهد لها فلا تجب اليمين معها .

( فصل ) ولو كانت هذه المرأة غير مدخول بها فادعى أنه أصابها وكذبته ثم طلقها وأراد رجعتها كان القول قولها فنقبل قوله فى الاصابة فى الايلاء ولا نقبله فى إثبات الرجعة له ، وقد سبق تعليل ذلك فى كتاب الرجعة .

« مسألة » قال ( ولو آلى منها فلم يصبها حتى طلقها وانقضت عدتها منه ثم نكحها وقد بقى من مدة الايلاء أكثر من أربعة أشهر وقف لها كما وصفت ) .

وجملة الأمر : أن المولى إذا أبان زوجته انقطعت مدة الايلاء بغير خلاف علمناه سواء بانت بفسخ أو طلاق ثلاث أو بخلع أو بانقضاء عدتها من حين

الطلاق الرجعى لأنها صارت أجنبية منه ولم يبق شيء من أحكام نكاحها ، فإن عاد فتزوجها عاد حكم الإيلاء من حين تزوجها واستأنفت المدة حينئذ . فإن كان الباقى من مدة يمينه أربعة أشهر فما دون لم يثبت حكم الإيلاء لأن مدة التربص أربعة أشهر وإن كان أكثر من أربعة أشهر تربص أربعة أشهر ثم وقف لها فأما أن يفيء أو يطلق ، وإن لم يطلق طلق الحاكم عليه . وهذا قول مالك وقال أبو حنيفة إن كان الطلاق أقل من ثلاث ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم نكحها عاد الإيلاء ، وإن استوفى عدد الطلاق لم يعد الإيلاء لأن حكم النكاح الأول زال بالكليه ولهذا ترجع اليه على طلاق ثلاث فصار إيلاؤه فى النكاح الأول كإيلائه من أجنبية ، وقال أصحاب الشافعى يتحصل من أقواله ثلاثة أقاويل : قولان كالمذهبين ، وقول ثالث لا يعود حكم الإيلاء بحال ، وهو قول ابن المنذر لأنها صارت بحال لو آلى منها لم يصح إيلاؤه . فبطل حكم الإيلاء منها كالمطلقة ثلاثا .

ولنا أنه ممتنع من وطء امرأته بيمين فى حال نكاحها فثبت له حكم الإيلاء كما لو لم يطلق ، وفارق الإيلاء من الأجنبيه فإنه لا يقصد باليمين عليها الاضرار بها بخلاف مسألتنا .

(فصل) ولو آلى من امرأته الأمة ثم اشتراها ثم أعتقها وتزوجها عاد الإيلاء ولو كان المولى عبدا فاشترته امرأته ثم أعتقته وتزوجته عاد الإيلاء ، ولو بانت الزوجه بردة أو إسلام من أحدهما أو غيره ثم تزوجها تزويجا جديدا عاد الإيلاء وتستأنف المدة فى جميع ذلك ، وسواء عادت اليه بعد زوج ثان أو قبله لأن اليمين كانت منه فى حال الزوجية فيبقى حكمها ما وجدت الزوجية وهكذا لو قال لزوجته إن دخلت الدار فوالله لا جامعتك ثم طلقها ثم نكحت غيره ثم تزوجها الأول عاد حكم الإيلاء ، لأن الصفة المعقودة فى حال الزوجية لا تنحل بزوال الزوجية فإن دخلت الدار فى حال البينونة ثم عاد فتزوجها لم يثبت حكم الإيلاء فى حقه لأن الصفة وجدت فى حال كونها أجنبية ولا ينعقد الإيلاء بالحلف على الأجنبية بخلاف ما إذا دخلت وهي امرأته .

« مسألة » قال ( ولو آلى منها واختلفا في مضى الأربعة أشهر كان القول قوله في أنها لم تمض مع يمينه ).

إنما كان كذلك لأن الاختلاف في مضى المدة ينبنى على الخلاف في وقت يمينه فإنهما لو اتفقا على وقت اليمين حسب من ذلك الوقت فعلم هل انقضت المدة أولا ؟ وزال الخلاف ، أما إذا اختلفا في وقت اليمين فقال حلفت في غرة رمضان وقالت بل حلفت في غرة شعبان ، فالقول قوله لأنه صدر من جهته وهو أعلم به فكان القول قوله فيه كما لو اختلفا في أصل الإيلاء ولأن الأصل عدم الحلف في غرة شعبان فكان قوله في نفيه موافقاً للأصل ، قال الخرقى ويكون ذلك مع يمينه وهو مذهب الشافعى وذهب أبو بكر إلى أنه لا يمين عليه ، قال القاضى وهو أصح لأنه اختلاف في احكام النكاح فلم تشرع فيه يمين كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته ، ووجه قول الخرقى : قول النبي صلى الله عليه وسلم « اليمين على المدعى عليه » ولأنه حق لآدمى يجوز بذله فيستحلف فيه كالديون .

( فصل ) فإن ترك الوطء بغير يمين لم يكن موليا لأن الايلاء الحلف ولكن إن ترك ذلك لعذر من مرض أو غيبة ونحوه لم تضرب له مدة وإن تركه مضراً بها فهل تضرب له مدة ؟ على روايتين . إحداهما: تضرب له مدة أربعة أشهر فإن وطئها وإلا دعى بعدها إلى الوطء فإن امتنع منه أمر بالطلاق كما يفعل في الايلاء سواء لانه أضر بها بترك الوطء في مدة الايلاء فيلزم حكمه كما لو حلف ولان ما وجب أداؤه إذا حلف على تركه وجب أداؤه إذا لم يحلف كالنفقة وسائر الواجبات ، يحققه أن اليمين لا تجعل غير الواجب واجباً إذا أقسم على تركه فوجوبه معها يدل على وجوبه قبلها ، ولأن وجوبه في الايلاء إنما كان لدفع حاجة المرأة وإزالة الضرر عنها وضررها لا يختلف بالايلاء وعدمه فلا يختلف الوجوب ، فإن قيل: فلا يبقى للايلاء أثر فلم أفردتم له بابا ؟ قلنا بل له أثر فإنه يدل على قصد الإضرار فيتعلق الحكم به وإن لم يظهر منه قصد الإضرار اكتفى بدلالته وإذا لم توجد اليمين احتجنا إلى دليل سواه يدل على المضارة فيعتبر الايلاء لدلالته على المقتضى لا لعينه . والثانية : لا تضرب له مدة وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لأنه ليس بمول فلم تضرب له مدة كما لو لم يقصد

الإضرار ، ولأن تعليق الحكم بالايلاء يدل على انتفائه عند عدمه ، إذ لو ثبت هذا الحكم بدونه لم يكن له أثر والله أعلم .

# كتاب الظهار

الظهار : مشتق من الظهر ، وإنما خصوا الظهر بذلك من بين سائر الأعضاء ، لأن كل مركوب يسمى ظهراً لحصول الركوب على ظهره فى الأغلب فشبهوا الزوجة بذلك ، وهو محرم . لقول الله تعالى (وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً) ومعناه أن الزوجة ليست كالأم فى التحريم ، قال الله تعالى (ما هن أمهاتهم) وقال تعالى (وما جعل أزواجكم اللائى تظاهرون منهن أمهاتكم) والأصل فى الظهار الكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى (الذين يظاهرون منكم من نسائهم ماهن أمهاتهم) والآيه التى بعدها وأما السنة فروى أبو داود بإسناده عن خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت « تظاهر منى أوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلنى فيه ويقول : اتقى الله فإنه ابن عمك . فما برحت حتى نزل القرآن (قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها) فقال : يعتق رقبة . فقلت لا يجد قال : فيصوم شهرين متتابعين . فقلت : يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام قال : فليطعم ستين مسكيناً . قلت ما عنده من شىء يتصدق به قال . فإنى سأعينه بعرق من تمر ، فقلت يارسول الله فإنى أعينه بعرق آخر قال : قد أحسنت ، اذهبى فاطعمى عنه ستين مسكيناً وارجعى إلى ابن عمك قال الأصمعى ـ العرق ـ بفتح العين والراء هو ما سف من خوص كالزنبيل الكبير ، وروى أيضاً بإسناده عن سليمان بن يسار عن سلمه بن صخر البياضى قال « كنت أصيب من النساء ما لا يصيب غيرى فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتى شيئاً يتتابع حتى أصبح ، فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان فبينا هى تخدمنى ذات ليلة إذ تكشف لى منها شىء فلم ألبث أن نزوت عليها فلما أصبحت خرجت إلى قومى فأخبرتهم الخبر ، وقلت امشوا معى إلى رسول الله صلى الله

عليه وسلم ، قالوا : لا والله ، فانطلقت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته الخبر ، فقال : أنت بذاك يا سلمة ؟ فقلت : أنا بذاك يا رسول الله ، وأنا صابر لحكم الله فاحكم فى ما أراك الله . قال : حرر رقبة . قلت : والذى بعثك بالحق ما أملك رقبة غيرها وضربت صفحة رقبتى قال : صم شهرين متتابعين . قلت : وهل أصبت الذى أصبت إلا من الصيام ؟ قال : فاطعم وسقا من تمر بين ستين مسكيناً . قلت : والذى بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ما لنا طعام . قال فانطلق إلى صاحب صدقة بنى زريق فليدفعها إليك ، قال : فاطعم ستين مسكيناً وسقا من تمر ، وكل أنت وعيالك بقيتها . فرجعت إلى قومى فقلت وجدت عندكم الضيق وسوء الرأى ووجدت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم السعة وحسن الرأى ، وقد أمر لى بصدقتكم » .

( فصل ) وكل زوج صح طلاقه صح ظهاره وهو البالغ العاقل سواء كان مسلماً أو كافراً حرا أو عبداً . قال أبو بكر ؛ ظهار السكران مبنى على طلاقه . قال القاضى : وكذلك ظهار الصبي مبنى على طلاقه ، والصحيح أن ظهار الصبي غير صحيح لأنها يمين موجبة للكفارة فلم تنعقد منه كاليمين بالله تعالى ولأن الكفارة وجبت لما فيه من قول المنكر والزور وذلك مرفوع عن الصبي لكون القلم مرفوعاً عنه . وقد قيل لا يصح ظهار العبد لأن الله تعالى قال : ( فتحرير رقبة ) والعبد لا يملك الرقاب .

ولنا : عموم الآية ولأنه يصح طلاقه فصح ظهاره كالحر . فأما إيجاب الرقبة فإنما هو على من يجدها ولا يبقى الظهار فى حق من لا يجدها كالمعسر فرضه الصيام ، ويصح ظهار الذمى . وبه قال الشافعى ، وقال مالك وأبو حنيفة لا يصح منه لأن الكفارة لا تصح منه وهى الرافعة للتحريم فلا يصح منه التحريم . ودليل أن الكفارة لا تصح منه أنها عبادة تفتقر إلى النية فلا تصح منه كسائر العبادات .

ولنا : أن من صح طلاقه صح ظهاره كالمسلم . فأما ما ذكروه فيبطل بكفارة الصيد إذا قتله فى الحرم وكذلك الحد يقام عليه . ولا نسلم أن التكفير لا يصح منه فإنه يصح منه العتق والإطعام ، وإنما لا يصح منـــه الصوم فلا تمتنع صحة الظهار بامتناع بعض أنواع الكفارة كما فى حق العبد ، والنية إنما تعتبر لتعيين الفعل للكفارة

فلا يمتنع ذلك فى حق الـكافر كالنية فى كنايات الطلاق . ومن يخنق فى الأحيان يصح ظهاره فى إفاقته كما يصح طلاقه فيه .

( فصل ) ومن لا يصح طلاقه لا يصح ظهاره كالطفل والزائل العقـل بجنون أو إغماء أو نوم أو غيره لا نعلم فى هذا خلافاً ، وبه قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، ولا يصح ظهار المكره وبه قال الشافعى وأبو ثور وابن المنذر ، وقال أبو يوسف يصح ظهاره ، والخلاف فى ذلك مبنى على الخلاف فى صحة طلاقه وقد مضى ذلك .

(فصل) ويصح الظهار من كل زوجة كبيرة كانت أو صغيرة مسلمة كانت أو ذمية ممكناً وطؤها أو غير ممكن ، وبه قال مالك والشافعى ، وقال أبو ثور لا يصح الظهار من التى لا يمكن وطؤها لأنه لا يمكن وطؤها والظهار لتحريم وطئها .

ولنا : عموم الآية ولأنها زوجة يصح طلاقها فصح الظهار منها كغيرها .

« مسألة » قال : ( وإذا قال لزوجته أنت على كظهر أمى أو كظهر امرأة أجنبية أو أنت على حرام ، أو حرم عضواً من أعضائها فلا يطؤها حتى يأتى بالكفارة ) .

فى هذه المسألة فصول خمسة . أحدها : أنه متى شبه امرأته بمن تحرم عليه على التأبيد فقـال : أنت على كظهر أمى أو أختى أو غيرهما فهو مظاهر وهذا على ثلاثة أضرب : أحدها : أن يقول أنت على كظهر أمى فهذا ظهار إجماعاً قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن تصريح الظهار أن يقول أنت على كظهر أمى ، وفى حديث خويلة امرأة أوس بن الصامت أنه قال لها « أنت على كظهر أمى فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره بالـكفارة » .

الضرب الثانى : أن يشبهها بظهر من تحرم عليـه من ذوى رحمه كجدته وعمته وخالته وأخته . فهذا ظهار فى قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبى والنخعى والزهرى والثورى والأوزاعى ومالك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأى وهو جديد قولى الشافعى . وقال فى القديم لا يكون الظهار إلا بأم أو جدة لأنها أم أيضاً لأن اللفظ الذى ورد به القرآن مختص بالأم فإذا عدل عنه لم يتعلق به ما أوجبه الله تعالى فيه .

ولنا : أنهن محرمات بالقرابة فأشبهن الأم. فأما الآية فقد قال فيها (وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً ) وهذا موجود فى مسألتنا فجرى مجراه وتعليق الحكم بالأم لايمنع ثبوت الحكم فى غيرها إذا كانت مثلها .

الضرب الثالث : أن يشبهها بظهر من تحرم عليه على التأبيد سوى الأقارب كالأمهات المرضعات والأخوات من الرضاعة وحلائل الآباء والأبناء وأمهات النساء والربائب اللاتى دخل بأمهن فهو ظهار أيضاً ، والخلاف فيها كالتى قبلها . ووجه المذهبين ما تقدم ويزيد فى الأمهات المرضعات دخولها فى عموم الأمهات فتكون داخلة فى النص وسائرهن فى معناها فثبت فيهن حكمها .

الفصل الثانى: إذا شبهها بظهر من تحرم عليه تحريماً مؤقتاً كأخت امرأته وعمتها أو الأجنبية فعن أحمد فيه روايتان . إحداهما أنه ظهار وهو اختيار الخرقى وقول أصحاب مالك . والثانية : ليس بظهار وهو مذهب الشافعى لأنها غير محرمة على التأبيد فلا يكون التشبيه بها ظهارا كالحائض والمحرمة من نسائه ، ووجه الأول أنه شبهها بمحرمة فأشبه ما لو شبهها بالأم ، ولأن مجرد قوله أنت على حرام ظهار إذا نوى به الظهار والتشبيه بالمحرمة تحريم فكان ظهاراً ، فأما الحائض فيباح الاستمتاع بها فى غير الفرج والمحرمة يحل له النظر إليها ولمسها من غير شهوة ،وليس فى وطء واحدة منهما حد ، بخلاف مسألتنا ، واختار أبو بكر أن الظهار لا يكون إلا من ذوات المحارم من النساء قال فبهذا أقول .

( فصل ) وإن شبهها بظهر أبيه أو بظهر غيره من الرجال أو قال أنت على كظهر البهيمة أو أنت على كالميتة والدم ففى ذلك كله روايتان . احداهما : أنه ظهار ، قال الميمونى قلت لأحمد إن ظاهر من ظهر الرجل ؟ قال فظهر الرجل حرام يكون ظهاراً وبهذا قال ابن القاسم صاحب مالك فيما إذا قال أنت على كظهر أبى وروى ذلك عن جابر بن زيد ،

والرواية الثانية : ليس بظهار وهو قول أكثر العلماء لأنه تشبيه بما ليس بمحل للاستمتاع . أشبه ما لو قال أنت على كمال زيد ، وهل فيه كفارة ؟ على روايتين إحداهما : فيه كفارة لأنه نوع تحريم . فأشبه ما لو حرم ماله . والثانية : ليس فيه شيء ، نقل ابن القاسم عن أحمد فيمن شبه امرأته بظهر الرجل لا يكون ظهاراً

ولم أره يلزمه فيه شيء ، وذلك لأنه تشبيه لامرأته بما ليس بمحل للاستمتاع أشبه التشبيه بمال غيره ، وقال أبو الخطاب فى قوله أنت على كالميتة والدم إن نوى به الطلاق كان طلاقا وإن نوى الظهار كان ظهاراً وإن نوى اليمين كان يمينا وإن لم ينو شيئاً ففيه روايتان . إحداهما : هو ظهار . والأخرى : هو يمين ولم يتحقق عندى معنى إرادته الظهار واليمين والله أعلم .

( فصل ) فإن قال أنت عندى أو منى أو معى كظهر أمى كان ظهاراً بمنزلة على لأن هذه الألفاظ فى معناه ، وإن قال جملتك أو بدنك أو جسمك أو ذاتك أو كلك على كظهر أمى كان ظهاراً لأنه أشار إليها فهو كقوله أنت ، وإن قال أنت كظهر أمى كان ظهاراً لأنه أتى بما يقتضى تحريمها عليه فانصرف الحكم إليه كما لو قال أنت طالق وقال بعض الشافعية ليس بظهار لأنه فيه ما يدل على أن ذلك فى حقه وليس بصحيح فإنها إذا كانت كظهر أمه فظهر أمه محرم عليه .

( فصل ) وإن قال أنت على كأمى أو مثل أمى ونوى به الظهار فهو ظهار فى قول عامة العلماء منهم أبو حنيفة وصاحباه والشافعى وإسحاق، وإن نوى به الكرامه والتوقير أو أنها مثلها فى الكبر أو الصفة فليس بظهار والقول قوله فى نيته ، وإن أطلق فقال أبو بكر هو صريح فى الظهار وهو قول مالك ومحمد بن الحسن ، وقال ابن أبى موسى فيه روايتان أظهرهما أنه ليس بظهار حتى ينويه وهذا قول أبى حنيفة والشافعى لان هذا اللفظ يستعمل فى الكرامة أكثر مما يستعمل فى التحريم فلم ينصرف إليه بغير نيه ككنايات الطلاق .

ووجه الأول : أنه شبه امرأته بجملة أمه فكان مشبها لها بظهرها فيثبت الظهار كما لو شبهها به منفرداً ، والذى يصح عندى فى قياس المذهب أنه إن وجدت قرينة تدل على الظهار مثل أن يخرجه مخرج الحلف فيقول إن فعلت كذا فأنت على مثل أمى أو قال ذلك حال الخصومة والغضب فهو ظهار لأنه إذا خرج مخرج الحلف فالحلف يراد للامتناع من شيء أو الحث عليه ، وإنما يحصل ذلك بتحريمها عليه ولأن كونها مثل أمه فى صلتها أو كرامتها لا يتعلق على شرط فيدل على أنه إنما أراد الظهار ووقوع ذلك فى حال الخصومة والغضب دليل على أنه أراد به ما يتعلق بأذاها ويوجب اجتنابها وهو الظهار ، وإن عدم هذا فليس بظهار لأنه محتمل لغير الظهار احتمالا كثيراً

فلا يتعين الظهار فيه بغير دليل . ونحو هذا قول أبي ثور ، وهكذا لو قال أنت على كأمى أو مثل أمى أو قال أنت أمى أو امرأتى أمى مع الدليل الصارف له إلى الظهار كان ظهاراً إما بنية أو ما يقوم مقامها ، وإن قال أمى امرأتى أو مثل امرأتى لم يكن ظهارا لأنه تشبيه لأمه ووصف لها وليس بوصف لامرأته .

الفصل الثالث : أنه إذا قال أنت على حرام فإن نوى به الظهار فهو ظهار فى قول عامتهم . وبه يقول أبو حنيفة والشافعى ، وإن نوى به الطلاق فقد ذكرناه فى باب الطلاق وإن أطلق ففيه روايتان . إحداهما : هو ظهار ذكره الخرقى فى موضع آخر ونص عليه أحمد فى رواية جماعة من أصحابه وذكره إبراهيم الحربى عن عثمان وابن عباس وأبى قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبتى أنهم قالوا : الحرام ظهار ، وروى عن أحمد ما يدل على أن التحريم يمين ، وروى عن ابن عباس أنه قال : إن التحريم يمين فى كتاب الله عز وجل قال الله عز وجل (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك – ثم قال – قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) وأكثر الفقهاء على أن التحريم إذا لم ينو به الظهار ليس بظهار . وهو قول مالك وأبى حنيفة والشافعى ، ووجه ذلك الآية المذكورة وأن التحريم يتنوع منه ما هو بظهار وبطلاق وبحيض واحرام وصيام فلا يكون التحريم صريحا فى واحد منهما ولا ينصرف إليه بغير نية كما لا ينصرف إلى تحريم الطلاق ، ووجه الأول أنه تحريم أوقعه فى امرأته فكان باطلاقه ظهارا كتشبيهها بظهر أمه ، وقولهم : إن التحريم يتنوع قلنا إلا أن تلك الأنواع منتفية ولا يحصل بقوله منها إلا الطلاق وهذا أولى منه لأن الطلاق تبين به المرأة وهذا يحرمها مع بقاء الزوجية فكان أدنى التحريمين فكان أولى ، فأما إن قال ذلك لمحرمة عليه بحيض أو نحوه وقصد الظهار فهو ظهار وإن قصد أنها محرمة عليه بذلك السبب فلا شيء فيه . فإن أطلق فليس بظهار لأنه يحتمل الخبر عن حالها ، ويحتمل إنشاء التحريم فيها بالظهار فلا يتعين أحدهما بغير تعيين .

( فصل ) فإن قال الحل على حرام أو ما أحل الله على حرام أو ما أنقلب إليه حرام وله امرأة فهو مظاهر نص عليه أحمد فى الصور الثلاث . وذلك لأن لفظه يقتضى العموم فيتناول المرأة بعمومه . وإن صرح بتحريم المرأة أو نواها فهو آكد

قال أحمد فيمن قال ما أحل الله على حرام من أهل ومال عليه كفارة الظهار هو يمين . وتجزئه كفارة واحدة فى ظاهر كلام أحمد هذا ، واختار ابن عقيل أنه يلزمه كفارتان للظهار ولتحريم المال لأن التحريم تناولهما وكل واحد منهما لو انفرد أوجب كفارة فكذلك إذا اجتمعا .

ولنا : أنها يمين واحدة فلا توجب كفارتين كما لو تظاهر من امرأتين أو حرم من ماله شيئين وما ذكره ينتقض بهذا ، وفى قول أحمد هو يمين إشارة إلى التعليل بما ذكرناه لأن اليمين الواحدة لا توجب أكثر من كفارة ، وإن نوى بقوله ما أحل الله على حرام وغيره من لفظات العموم المال لم يلزمه إلا كفارة يمين لأن اللفظ العام يجوز استعماله فى الخاص . وعلى الرواية الأخرى التى تقول إن الحرام بإطلاقه ليس بظهار لا يكون ههنا مظاهراً إلا أن ينوى الظهار .

( فصل ) وإن قال أنت على كظهر أمى حرام فهو صريح فى الظهار لا ينصرف إلى غيره سواء نوى الطلاق أو لم ينوه . وليس فيه اختلاف بحمد الله لأنه صرح بالظهار وبينه بقوله حرام ، وإن قال أنت على حرام كظهر أمى أو كأمى فكذلك . وبه قال أبو حنيفة وهو أحد قولى الشافعى . والقول الثانى : إذا نوى الطلاق فهو طلاق وهو قول أبى يوسف ومحمد إلا أن أبا يوسف قال لا أقبل قوله فى نفى الظهار . ووجه قولهم أن قوله أنت على حرام إذا نوى به الطلاق فهو طلاق وزيادة قوله كظهر أمى بعد ذلك لا ينفى الطلاق كما لو قال أنت طالق كظهر أمى .

ولنا أنه أتى بصريح الظهار فلم يكن طلاقا كالتى قبلها وقولهم إن التحريم مع نية الطلاق طلاق لا نسلمه وإن سلمناه لكنه فسر لفظه ههنا بصريح الظهار بقوله فكان العمل بصريح القول أولى من العمل بالنية .

( فصل ) وإن قال أنت طالق كظهر أمى طلقت وسقط كظهر أمى لأنه أتى بصريح الطلاق أولا وجعل قوله كظهر أمى صفة له فإن نوى بقوله كظهر أمى تأكيد الطلاق لم يكن ظهاراً كما لو أطلق ، وإن نوى به الظهار وكان الطلاق بائناً فهو كالظهار من الأجنبية لأنه أتى به بعد بينونتها بالطلاق ، وإن كان رجعياً كان ظهاراً صحيحا ذكره القاضى وهو مذهب الشافعى لأنه أتى بلفظ الظهار فيمن هى زوجة . وإن نوى

بقوله أنت طالق الظهار لم يكن ظهاراً لأنه نوى الظهار بصريح الطلاق ، وإن قال أنت على كظهر أمى طالق وقع الظهار والطلاق معاً سواء كان الطلاق بائناً أو رجعياً لأن الظهار سبق الطلاق .

( فصل ) فإن قال أنت على حرام ونوى الطلاق والظهار معاً كان ظهاراً ولم يكن طلاقاً ، لأن اللفظ الواحد لا يكون ظهاراً وطلاقاً والظهار أولى بهذا اللفظ فينصرف إليه . وقال بعض أصحاب الشافعى يقال له اختر أيهما شئت . وقال بعضهم إن قال : أردت الطلاق والظهار كان طلاقا لأنه بدأ به ، وإن قال أردت الظهار والطلاق كان ظهاراً لأنه بدأ به فيكون ذلك اختياراً له ويلزمه ما بدأ به .

ولنا : أنه أتى بلفظة الحرام ينوى بها الظهار فكانت ظهاراً كما لو انفرد الظهار بنيته ولا يكون طلاقا لأنه زاحمت نيته نية الظهار وتعذر الجميع والظهار أولى بهذه اللفظة لأن معناهما واحد وهو التحريم فيجب أن يغلب ما هو الأولى ، أما الطلاق فإن معناه الإطلاق وهو حل قيد النكاح ، وإنما التحريم حكم له فى بعض أحواله وقد ينفك عنه . فإن الرجعية مطلقة مباحة وأما التخيير فلا يصح لأن هذه اللفظة قد ثبت حكمها حين لفظ بها لكونه أهلا والمحل قابلا ، ولهذا لو حكمنا بأنه طلاق لكانت عدتها من حين أوقع الطلاق وليس إليه رفع حكم ثبت فى المحل باختياره وإبداله بإرادته ، والقول الآخر مبنى على أن له الاختيار وهو فاسد على ما ذكرنا ، ثم إن الاعتبار بجميع لفظه لا بما بدأ به . ولذلك لو قال طلقت هذه أو هذه لم يلزمه طلاق الأولى .

الفصل الرابع : أنه إذا شبه عضواً من امرأته بظهر أمه أو عضواً من أعضائها فهو مظاهر فلو قال فرجك أو ظهرك أو رأسك أو جلدك على كظهر أمى أو بدنها أو رأسها أو يدها فهو مظاهر ، وبهذا قال مالك وهو نص الشافعى ، وعن أحمد رواية أخرى أنه ليس بمظاهر حتى يشبه جملة امرأته لأنه لو حلف بالله لا يمس عضواً منها لم يسر إلى غيره فكذلك المظاهرة ، ولأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو فى معنى المنصوص ، لأن تشبيه جملتها تشبيه لمحل الاستمتاع بما يتأكد تحريمه وفيه تحريم لجملتها فيكون آكد ، وقال أبو حنيفة : إن شبهها بما يحرم النظر إليه من

الأم كالفرج والفخذ ونحوهما فهو مظاهر وإن لم يحرم النظر إليه كالرأس والوجه لم يكن مظاهراً ، لأنه شبهها بعضو لا يحرم النظر إليه فلم يكن مظاهراً كما لو شبهها بعضو زوجة له أخرى .

ولنا : أنه شبهها بعضو من أمه فكان مظاهراً كما لو شبهها بظهرها ، وفارق الزوجة فإنه لو شبهها بظهرها لم يكن مظاهراً والنظر إن لم يحرم فإن التلذذ يحرم وهو المستفاد بعقد النكاح .

( فصل ) وإن قال كشعر أمي أو سنها أو ظفرها أو شبه شيئاً من ذلك من امرأته بأمه أو بعضو من أعضائها الثلاثة لم يكن مظاهراً لأنها ليست من أعضاء الأم الثابتة ولا يقع الطلاق بإضافته إليها فكذلك الظهار ، وكذلك لو قال كزوج أمي فإن الزوج لا يوصف بالتحريم ولا هو محل للاستمتاع ، وكذلك الريق والعرق والدمع ، وإن قال وجهي من وجهك حرام فليس بظهار . نص عليه أحمد وقال هذا شيء يقوله الناس ليس بشيء ، وذلك لأن هذا يستعمل كثيراً في غير الظهار ولا يؤدي معنى الظهار فلم يكن ظهاراً كما لو قال لا أكلمك .

( فصل ) فإن قال أنا مظاهر أو علي الظهار أو علي الحرام أو الحرام لي لازم ولا نية له لم يلزمه شيء لأنه ليس بصريح في الظهار ولا نوى به الظهار ، وإن نوى به الظهار أو اقترنت به قرينة تدل على إرادته الظهار مثل أن يعلقه على شرط فيقول علي الحرام إن كلمتك احتمل أن يكون ظهاراً لأنه أحد نوعي تحريم الزوجة فصح بالكناية مع النية كالطلاق ، ويحتمل أن لا يثبت به الظهار لأن الشرع إنما ورد به بصريح لفظه وهذا ليس بصريح فيه ولأنه يمين موجبة للكفارة فلم يثبت حكمه بغير الصريح كاليمين بالله تعالى .

( فصل ) يكره أن يسمي الرجل امرأته بمن تحرم عليه كأمه أو أخته أو بنته لما روى أبو داود بإسناده عن أبي تميمة الهجيمي « أن رجلا قال لامرأته يا أخية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أختك هي ؟ فكره ذلك ونهى عنه » ولأنه لفظ يشبه لفظ الظهار ، ولا تحرم بهذا ، ولا يثبت حكم الظهار فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقل له : حرمت عليك ، ولأن هذا اللفظ ليس بصريح في الظهار

ولأ نواه به فلا يثبت التحريم . وفى الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم « أن إبراهيم عليه السلام أرسل إليه جبار فسأله عنها ـ يعنى عن سارة فقال : ـ إنها أختى» ولم يعد ذلك ظهاراً .

الفصل الخامس : أن المظاهر يحرم عليه وطء امرأته قبل أن يكفر . وليس فى ذلك اختلاف إذا كانت الكفارة عتقا أو صوما لقول الله تعالى (فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) وقوله سبحانه (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا) وأكثر أهل العلم على أن التكفير بالإطعام مثل ذلك وأنه يحرم وطؤها قبل التكفير ، منهم عطاء والزهرى والشافعى وأصحاب الرأى . وذهب أبو ثور إلى إباحة الجماع قبل التكفير بالإطعام ، وعن أحمد ما يقتضى ذلك لأن الله تعالى لم يمنع المسيس قبله كما فى العتق والصيام .

ولنا : ما روى عكرمة عن ابن عباس « أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إنى تظاهرت من امرأتى فوقعت عليها قبل أن أكفر ؟ فقال : ماحملك على ذلك يرحمك الله ؟ قال : رأيت خلخالها فى ضوء القمر ، قال فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله » رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن ولأنه مظاهر لم يكفر فحرم عليه جماعها كما لو كانت كفارته العتق أو الصيام، وترك النص عليها لا يمنع قياسها على المنصوص الذى فى معناها .

(فصل) فأما التلذذ بما دون الجماع من القبلة واللمس والمباشرة فيما دون الفرج ففيه روايتان .

إحداهما : يحرم . وهو اختيار أبى بكر . وهو قول الزهرى ومالك والأوزاعى وأبى عبيد وأصحاب الرأى ، وروى ذلك عن النخعى وهو أحد قولى الشافعى لأن ماحرم الوطء من القول حرم دواعيه كالطلاق والإحرام .

والثانية : لا تحرم . قال أحمد أرجو أن لا يكون به بأس وهو قول الثورى وإسحاق وأبى حنيفة . وحكى عن مالك وهو القول الثانى للشافعى لأنه وطء يتعلق بتحريمه مال فلم يتجاوزه التحريم كوطء الحائض .

(فصل) ولا يصح الظهار من أمته ولا أم ولده . روى ذلك عن ابن عمر وعبد الله بن عمرو وسعيد بن المسيب ومجاهد والشعبى وربيعة والأوزاعى والشافعى وأبى حنيفة وأصحابه ، وروى عن الحسن وعكرمة والنخعى وعمرو بن دينار وسليمان

ابن يسار والزهرى وقتادة والحكم والثورى ومالك: فى الظهار من الأمة كفارة تامة لأنها مباحة له فصح الظهار منها كالزوجه ، وعن الحسن والأوزاعى إن كان يطؤها فهو ظهار وإلا فلا ، لأنه إذا لم يطأها فهو كتحريم ماله . وقال عطاء عليه نصف كفارة حرة لأن الأمة على النصف من الحرة فى كثير من أحكامها وهذا من أحكامها فتكون على النصف .

ولنـا : قول الله تعالى ( والذين يظاهرون من نسائهم ) فخصهن به ، ولأنه لفظ يتعلق به تحريم الزوجة فلا تحرم به الأمة كالطلاق ، ولأن الظهار كان طلاقا فى الجاهلية فنقل حكمه وبقى محله ، قال أحمد : قال أبو قلابة وقتادة : إن الظهار كان طلاقا فى الجاهلية ، وروى عن أحمد أن على المظاهر من أمته كفارة ظهار ، وقال أبو بكر : لا يتوجه هذا على مذهبه لأنه لو كانت عليه كفارة ظهار كان ظهاراً ولـكن عليه كفارة يمين لأنه تحريم لمباح من ماله فكانت فيه كفارة يمين كتحريم سائر ماله . قال نافع « حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريته فأمره الله أن يكفر يمينه » ويحتمل أن لا يلزمه شيء بناء على قوله فى المرأة إذا قالت لزوجها أنت على كظهر أبى لا يلزمها شيء ، وإن قال لأمته أنت على حرام فعليه كفارة يمين لقول الله تعالى ( يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك ؟ ـ إلى قوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ) نزلت فى تحريم النبى صلى الله عليه وسلم لجاريته فى قول بعضهم . ويخرج على الرواية الأخرى تلزمه كفارة ظهار لأن التحريم ظهار . والأول هو الصحيح إن شاء الله تعالى .

( فصل ) ويصح الظهار مؤقتاً مثل أن يقول : أنت على كظهر أمى شهراً ، أو حتى ينسلخ شهر رمضان . فإذا مضى الوقت زال الظهار وحلت المرأة بلا كفاره ولا يكون عائداً بالوطء فى المدة ، وهذا قول ابن عباس وعطاء وقتادة والثورى وإسحاق وأبى ثور وأحد قولى الشافعى . وقوله الآخر . لا يكون ظهاراً ، وبه قال ابن أبى ليلى والليث، لأن الشرع ورد بلفظ الظهار مطلقاً ، وهذا لم يطلق . فأشبه ما لو شبهها بمن تحرم عليه فى وقت دون وقت ، وقال طاوس : إذا ظاهر فى وقت فعليه الكفارة وإن بر ، وقال مالك : يسقط التأقيت ويكون ظهاراً مطلقا لأن هذا لفظ يوجب تحريم الزوجة فإذا وقته لم يتوقف كالطلاق .

ولنا : حديث سلمة بن صخر وقوله « تظاهرت من امرأتي حتى ينسلخ شهر رمضان ، وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه أصابها في الشهر فأمره بالكفارة » ولم يعتبر عليه تقييده ، ولأنه منع نفسه منها بيمين لها كفارة فصح مؤقتاً كالإيلاء وفارق الطلاق فإنه يزيل الملك وهو يوقع تحريماً يرفعه التكفير فجاز تأقيته ، ولا يصح قول من أوجب الكفارة وإن بر لأن الله تعالى إنما أوجب الكفارة على الذين يعودون لما قالوا ومن بر وترك العود في الوقت الذي ظاهر فلم يعد لما قال فلا تجب عليه كفارة . وفارق التشبيه بمن لا تحرم عليه على التأبيد ، لأن تحريمها غير كامل وهذه حرمها في هذه المدة تحريماً مشبهاً بتحريم ظهر أمه على أننا نمنع الحكم فيها .

إذا ثبت هذا فإنه لا يكون عائداً إلا بالوطء في المدة وهذا هو المنصوص عن الشافعي، وقال بعض أصحابه : إن لم يطلقها عقيب الظهار فهو عائد عليه الكفارة ، وقال أبو عبيد : إذا أجمع على غشيانها في الوقت لزمته الكفارة وإلا فلا لأن العود العزم على الوطء .

ولنا : حديث سلمة بن صخر وأنه لم يوجب عليه الكفارة إلا بالوطء ولأنها يمين لم يحنث فيها فلا يلزمه كفارتها كاليمين بالله تعالى ، ولأن المظاهر في وقت عازم على إمساك زوجته في ذلك الوقت فمن أوجب عليه الكفارة بذلك كان قوله كقول طاوس فلا معنى لقوله : يصح الظهار مؤقتاً لعدم تأثير الوقت .

( فصل ) ويصح تعليق الظهار بالشروط نحو أن يقول : إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ، وإن شاء زيد فأنت علي كظهر أمي ، فمتى شاء زيد أو دخلت الدار صار مظاهراً وإلا فلا ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي لأنه يمين فجاز تعليقه على شرط كالإيلاء . ولأن أصل الظهار أنه كان طلاقاً والطلاق يصح تعليقه بالشرط فكذلك الظهار ، ولأنه قول تحرم به الزوجة فصح تعليقه على شرط كالطلاق ولو قال لامرأته : إن تظاهرت من امرأتي الأخرى فأنت علي كظهر أمي ثم تظاهر من الأخرى صار مظاهراً منهما جميعاً . وإن قال : إن تظاهرت من فلانة الأجنبية فأنت علي كظهر أمي ، ثم قال للأجنبية : أنت علي كظهر أمي صار مظاهراً من امرأته عند من يرى الظهار من الأجنبية ، ومن لا فلا ، وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى .

( فصل ) فإن قال أنت على كظهر أمى إن شـــاء الله لم ينعقد ظهاره . نص عليه أحمد فقال : إذا قال لامرأته عليه كظهر أمه إن شاء الله فليس عليه شيء هي يمين ، وإذا قال : ما حل الله على حرام إن شاء الله وله أهل هي يمين ليس عليه شيء ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأى ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لأنها يمين مكفرة فصح الاستثناء فيهـــا كاليمين بالله تعالى أو كتحريم ماله ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين فقال إن شاء الله فلا حنث عليه » رواه الترمذي ، وقال حديث حسن غريب ، وفى لفظ « من حلف فاستثنى فإن شاء فعل وإن شاء رجع غير حنث » رواه الإمام أحمد وأبو داود والنسائى ، وإن قال : أنت على حرام ووالله لا أكلمك إن شاء الله عاد الاستثناء إليهما فى أحد الوجهين ، لأن الاستثناء إذا تعقب جملا عاد إلى جميعها إلا أن ينوى الاستثناء فى بعضها فيعود إليه وحده ، وإن قال : أنت على حرام إذا شاء الله أو إلا ما شاء الله أو إلى أن يشاء الله أو ما شاء الله فـكله استثناء يرفع حكم الظهار . وإن قال إن شاء الله فأنت حرام فهو استثناء يرفع حكم الظهار لأن الشرط إذا تقدم يجاب بالفاء ، وإن قال : إن شاء الله أنت حرام فهو استثناء لأن الفاء مقدره ، وإن قال إن شاء الله فأنت حرام صح أيضاً والفاء زائدة ، وإن قال : أنت حرام إن شاء الله وشاء زيد فشاء زيد لم يصر مظاهراً لأنه علقه على مشيئتين فلا يحصل بأحديهما .

« مسئلة » قال ( فإن مات أو ماتت أو طلقها لم تلزمه الكفارة . فإن عاد فتزوجها لم يطأها حتى يكفر لأن الحنث بالعود ، وهو الوطء لأن الله عز وجل أوجب الكفارة على المظاهر قبل الحنث ) .

الكلام فى هذه المسألة فى ثلاثة فصول . أحدها : أن الكفارة لا تجب بمجرد الظهار . فلو مات أحدهما أو فارقها قبل العود فلا كفارة عليه . وهذا قول عطاء والنخعى والأوزاعى والحسن والثورى ومالك وأبو عبيد وأصحاب الرأى ، وقال طاوس ومجاهد والشعبي والزهرى وقتادة : عليه الكفارة بمجرد الظهار لأنه سبب للكفارة ، وقد وجد ولأن الكفارة وجبت لقول المنكر والزور وهذ يحصل بمجرد

الظهار ، وقال الشافعي . متى أمسكها بعد ظهاره زمنا يمكنه طلاقها فيه فلم يطلقها فعليه الكفاره لأن ذلك هو العود عنده :

ولنا : قول الله تعالى ( والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة ) فأوجب الكفارة بأمرين ظهار وعود فلا تثبت بأحدهما ، ولأن الكفارة في الظهار كفارة يمين فلا يحنث بغير الحنث كسائر الايمان ، والحنث فيها هو العود وذلك فعل ما حلف على تركه وهو الجماع وترك طلاقها ليس بحنث فيها ولا فعل لما حلف على تركه فلا تجب به الكفارة ولأنه لو كان الإمساك عوداً لوجبت الكفارة على المظاهر الموقت وإن بر ، وقد نص الشافعي على أنها لا تجب عليه .

إذا ثبت هذا فإنه لا كفارة عليه إذا مات أحدهما قبل وطئها وكذلك إن فارقها سواء كان ذلك متراخياً عن يمينه أو عقيبه وأيهما مات ورثه صاحبه في قول الجمهور . وقال قتادة : إن ماتت لم يرثها حتى يكفر . ولنا : أن من ورثها إذا كفر ورثها وإن لم يكفر كالمولى منها .

الفصل الثاني : أنه إذا طلق من ظاهر منها ، ثم تزوجها لم يحل له وطؤها حتى يكفر سواء كان الطلاق ثلاثا أو أقل منه وسواء رجعت إليه بعد زواج آخر أو قبله نص عليه أحمد وهو قول عطاء والحسن والزهري والنخعي ومالك وأبي عبيد وقال قتادة : إذا بانت سقط الظهار فإذا عاد فنكحها فلا كفارة عليه وللشافعي قولان كالمذهبين . وقول ثالث : إن كانت البينونة بالثلاث لم يعد الظهار وإلا عاد وبناه على الأقاويل في عود صفة الطلاق في النكاح الثاني .

ولنا عموم قول الله تعالى ( والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ) وهذا قد ظاهر من امرأته فلا يحل أن يتماسا حتى يكفر ، ولأنه ظاهر من امرأته فلا يحل له مسها قبل التكفير كالتي لم يطلقها ولأن الظهار يمين مكفرة فلم يبطل حكمها بالطلاق كالإيلاء .

الفصل الثالث : أن العود هو الوطء فتى وطيء لزمته الكفارة ولاتجب قبل ذلك إلا أنها شرط لحل الوطء فيؤمر بها من أراده ليستحله بها كما يؤمر بعقد النكاح من

أراد حل المرأة . وحكى نحـــو ذلك عن الحسن والزهرى وهو قول أبى حنيفة ، إلا أنه لا يوجب الكفارة على من وطىء وهى عنده فى حق من وطىء كمن لم يطأ .

وقال القاضى وأصحابه : العود العزم على الوطء إلا أنهم لم يوجبوا الكفارة على العازم على الوطء إذا مات أحدهما أو طلق قبل الوطء . إلا أبا الخطاب فإنه قال : إذا مات بعد العزم أو طلق فعليه الكفارة ، وهذا قول مالك وأبى عبيد ، وقدأنكر أحمد هذا فقال مالك يقول : إذا أجمع لزمته الكفارة فكيف يكون هذا ؟ لو طلقها بعد ما يجمع كان عليه كفارة ؟ إلا أن يكون يذهب إلى قول طاوس : إذا تكلم بالظهار لزمه مثل الطلاق . ولم يعجب أحمد قول طاوس .

وقال أحمد فى قوله تعالى ( ثم يعودون لما قالوا ) قال : العود الغشيان إذا أراد أن يغشى كفر ، واحتج من ذهب إلى هذا بقوله تعالى ( ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ) فأوجب الكفارة بعد العود قبل التماس ، وما حرم قبل الكفارة لا يجوز كونه متقدماً عليها ولأنه قصد بالظهار تحريمها فالعزم على وطئها عود فيما قصد ، ولأن الظهار تحريم فإذا أراد استباحتها فقد رجع فى ذلك التحريم فكان عائداً . وقال الشافعى : العود إمساكها بعد ظهاره زمناً يمكنه طلاقها فيه لأن ظهاره منها يقتضى إبانتها فإمساكها عود فيما قال ، وقال داود العود تكرار الظهار مرة ثانية لأن العود فى الشىء إعادته .

ولنا : أن العود فعل ضد قوله ومنه « العائد فى هبته » هو الراجع فى الموهوب والعائد فى عدته التارك للوفاء بما وعد ، والعائد فيما نهى عنه فاعل المنهى عنه قال الله تعالى ( ثم يعودون لما نهوا عنه ) فالمظاهر محرم للوطء على نفسه ومانع لها منه . فالعود فعله ، وقولهم إن العود يتقدم التكفير، والوطء يتأخر عنه . قلنا المراد بقوله ( ثم يعودون ) أى يريدون العود كقول الله تعالى ( إذا قمتم إلى الصلاة ) أى أردتم ذلك وقوله تعالى ( فإذا قرأت القرآن فاستعذ ) فإن قيل : فهذا تأويل ثم هو رجوع إلى إيجاب الكفارة بالعزم المجرد ؟ قلنا دليل التأويل ما ذكرنا .

وأما الأمر بالكفارة عند العزم فإنما أمر بها شرطا للحل كالأمر بالطهارة لمن أراد صلاة النافلة والأمر بالنية لمن أراد الصيام ، فأما الإمساك فليس بعود لأنه ليس

يعود فى الظهار المؤقت فكذلك فى المطلق ، ولأن العود فعل ضد ما قاله والإمساك ليس بضد له ، وقولهم إن الظهار يقتضى إبانتها لا يصح وإنما يقتضى تحريمها واجتنابها ولذلك صح توقيته ولأنه قال ( ثم يعودون لما قالوا ) وثم للتراخى والامساك غير متراخ ، وأما قول داود فلا يصح لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر أوسا وسلمه ابن صخر بالكفارة من غير إعادة اللفظ ، ولأن العود إنما هو فى مقوله دون قوله كالعود فى الهبة والعدة والعود لما نهى عنه ويدل على إبطال هذه الأقوال كلها أن الظهار يمين مكفرة فلا تجب الكفارة إلا بالحنث فيها وهو فعل ما حلف على تركه كسائر الأيمان وتجب الكفارة بذلك كسائر الأيمان ، ولأنها يمين تقتضى ترك الوطء فلا تجب كفارتها إلا به كالإيلاء .

« مسألة » قال ( وإذا قال لامرأة أجنبية أنت على كظهر أمى لم يطأها إن تزوجها حتى يأتى بالكفارة )

وجملته : أن الظهار من الأجنبية يصح سواء قال ذلك لامرأة بعينها أو قال كل النساء على كظهر أمى وسواء أوقعه مطلقا أو علقه على التزويج فقال كل امرأة أتزوجها فهى على كظهر أمى ، ومتى تزوج التى ظاهر منها لم يطأها حتى يكفر . يروى نحو هذا عن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وعطاء والحسن ومالك وإسحاق ، ويحتمل أن لا يثبت حكم الظهار قبل التزويج . وهو قول الثورى وأبى حنيفة والشافعى ويروى ذلك عن ابن عباس لقول الله تعالى ( والذين يظاهرون من نسائهم ) والأجنبية ليست من نسائه ولأن الظهار يمين ورد الشرع بحكمها مقيداً بنسائه فلم يثبت حكمها فى الأجنبية كالإيلاء فإن الله تعالى قال ( والذين يظاهرون من نسائهم ) كما قال ( للذين يؤلون من نسائهم ) ولأنها ليست بزوجة فلم يصح الظهار منها كأمته ولأنه حرم محرمة فلم يلزمه شىء كما لو قال أنت حرام ولأنه نوع تحريم فلم يتقدم النكاح كالطلاق .

ولنا : ما روى الإمام أحمد بإسناده عن عمر بن الخطاب أنه قال فى رجل قال إن تزوجت فلانه فهى على كظهر أمى فتزوجها ، قال « عليه كفارة الظهار » ولأنها يمين مكفرة فصح انعقادها قبل النكاح كاليمين بالله تعالى ، أما الآية فإن التخصيص خرج

مخرج الغالب فإن الغالب أن الإنسان إنما يظاهر من نسائه فلا يوجب تخصيص الحكم بهن كما أن تخصيص الربيبة التى فى حجره بالذكر لم يوجب اختصاصها بالتحريم ، وأما الإيلاء فإنما اختص حكمه بنسائه لكونه يقصد الإضرار بهن دون غيرهن والكفارة وجبت ههنا لقول المنكر والزور ولا يختص ذلك بنسائه ، ويفارق الظهار الطلاق من وجهين .

أحدهما : أن الطلاق حل قيد النكاح ولا يمكن حله قبل عقده والظهار تحريم للوطء فيجوز تقديمه على العقد كالحيض .

الثانى : أن الطلاق يرفع العقد فلم يجز أن يسبقه وهذا لا يرفعه وإنما تتعلق الإباحة على شرط فجاز تقدمه . وأما الظهار من الأمة فقد انعقد يميناً وجبت به الكفارة ولم تجب كفارة الظهار لأنها ليست امرأة له حال التكفير بخلاف مسألتنا.

( فصل ) وإذا قال كل امرأة أتزوجها فهى على كظهر أمى ثم تزوج نساء وأراد العود فعليه كفارة واحده سواء تزوجهن فى عقد أو فى عقود متفرقة ، نص عليه أحمد وهو قول عروة وإسحاق لأنها يمين واحدة فكفارتها واحدة كما لو ظاهر من أربع نساء بكلمة واحدة ، وعنه أن لكل عقد كفارة فلو تزوج اثنتين فى عقد وأراد العود فعليه كفارة واحده ثم إذا تزوج أخرى وأراد العود فعليه كفارة أخرى وروى ذلك عن إسحاق لأن المرأة الثالثة وجد العقد عليها الذى يثبت به الظهار وأراد العود إليها بعد التكفير عن الأولتين فكانت عليه لها كفارة كما لو ظاهر منها ابتداء ولو قال لأجنبية أنت على كظهر أمى وقال أردت انها مثلها فى التحريم فى الحال دين فى ذلك ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يحتمل وجهين . أحدهما : لا يقبل لأنه صريح للظهار فلا يقبل صرفه إلى غيره والثانى يقبل لأنها حرام عليه كما أن أمه حرام عليه .

« مسألة » قال ( ولو قال أنت على حرام وأراد فى تلك الحال لم يكن عليه شىء ، وإن تزوجها لأنه صادق ، وإن أراد فى كل حال لم يطأها إن تزوجها حتى يأتى بكفارة الظهار )

أما إذا أراد بقوله لها أنت على حرام الاخبار عن حرمتها فى الحال فلا شىء عليه لأنه صادق لكونه وصفها بصفتها ولم يقل منكراً ولا زوراً وكذلك لو أطلق هذا القول

ولم يكن له نية فلا شيء عليه لذلك وإن أراد تحريمها فى كل حال فهو ظهار لأن لفظة الحرام إذا أريد بها الظهار ظهار فى الزوجة فكذلك فى الأجنبية فصار كقوله أنت على كظهر أمى .

« مسألة » قال ( ولو ظاهر من زوجته وهى أمة فلم يكفر حتى ملكها انفسخ النكاح ولم يطأها حتى يكفر )

وجملته أن الظهار يصح من كل زوجة أمة كانت أو حرة فإذا ظاهر من زوجته الأمة ثم ملكها انفسخ النكاح ، واختلف أصحابنا فى بقاء حكم الظهار فذكر الخرقى ههنا أنه باق ولا يحل له الوطء حتى يكفر وبه يقول مالك وأبو ثور وأصحاب الرأى ونص عليه الشافعى ، وقال القاضى المذهب ما ذكر الخرقى وهو قول أبى عبدالله بن حامد لقول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ) وهذا قد ظاهر من امرأته فلم يحل له مسها حتى يكفر ، ولأن الظهار قد صح فيها وحكمه لا يسقط بالطلاق المزيل للملك والحل فبملك اليمين أولى ولأنها يمين انعقدت موجبة لكفارة فوجبت دون غيرها كسائر الأيمان ، وقال أبو بكر عبد العزيز يسقط الظهار بملكه لها وإن وطئها حنث وعليه كفارة يمين كما لو تظاهر منها وهى أمته لأنها خرجت عن الزوجات وصار وطؤه لها بملك اليمين فلم يكن موجبا لكفارة الظهار كما لو تظاهر منها وهى أمته ، ويقتضى قول أبى بكر هذا أن تباح قبل التكفير لأنه أسقط الظهار وجعله يمينا كتحريم أمته فإن أعتقها عن كفارته صح على القولين فإن تزوجها بعد ذلك حلت له بغير كفارة لأنه كفر عن ظهاره بإعتاقها ولا يمتنع اجزاؤها عن الكفارة التى وجبت بسببها كما لو قال إن ملكت أمة فلله على عتق رقبة فملك أمة فأعتقها وإن أعتقها عن غير الكفارة ثم تزوجها عاد حكم الظهار ولم تحل له حتى يكفر .

« مسألة » قال ( ولو تظاهر من أربع نسائه بكلمة واحدة لم يكن عليه أكثر من كفارة )

وجملته : أنه إذا ظاهر من نسائه الاربع بلفظ واحد فقال أنتن على كظهر أمى فليس عليه أكثر من كفارة بغير خلاف فى المذهب . وهو قول على وعمر وعروة

وطاوس وعطاء وربيعة ومالك والأوزاعى واسحق وأبى ثور والشافعى فى القديم ، وقال الحسن والنخعى والزهرى ويحيى الأنصارى والحكم والثورى وأصحاب الرأى والشافعى فى الجديد عليه لكل امرأة كفارة لأنه وجد الظهار والعود فى حق كل امرأة منهن فوجب عليه عن كل واحدة كفارة كما لو أفردها به .

ولنا : عموم قول عمر وعلى رضى الله عنهما رواه عنهما الأثرم ولا نعرف لهما فى الصحابة مخالفا فكان إجماعاً ، ولأن الظهار كلمة تجب بمخالفتها الكفارة فإذا وجدت فى جماعة أوجبت كفارة واحدة كاليمين بالله تعالى ، وفارق ما إذا ظاهر منها بكلمات فإن كل كلمة تقتضى كفارة ترفعها وتكفر إثمها وههنا الكلمة واحدة فالكفارة الواحدة ترفع حكمها وتمحو إثمها فلا يبقى لها حكم .

( فصل ) ومفهوم كلام الخرقى أنه إذا ظاهر منهن بكلمات فقال لكل واحدة أنت على كظهر أمى فإن لكل يمين كفارة . وهذا قول عروة وعطاء قال أبو عبدالله ابن حامد المذهب رواية واحدة فى هذا ، قال القاضى المذهب عندى ما ذكر الشيخ أبو عبد الله، وقال أبو بكر فيه روايه أخرى أنه يجزئه كفارة واحـــدة ، واختار ذلك وقال هذا الذى قلناه اتباعا لعمر بن الخطاب والحسن وعطاء وإبراهيم وربيعة وقبيصة وإسحق . لأن كفارة الظهار حق لله تعالى فلم تتكرر بتكرر سببها كالحد وعليه يخرج الطلاق .

ولنا أنهـا أيمان متكررة على أعيان متفرقة فكان لكل واحدة كفارة كما لو كفر ثم ظاهر ، ولأنها أيمـان لايحنث فى إحداها بالحنث فى الأخرى فلا تكفرها كفارة واحدة كالأصل ، ولأن الظهار معنى يوجب الكفارة فتعدد الكفارة بتعدده فى المحال المختلفة كالقتل، ويفارق الحد فإنه عقوبة تدرأ بالشبهات، فأما إن ظاهر من زوجته مرارا ولم يكفر فكفارة واحدة لأن الحنث واحد فوجبت كفارة واحدة كما لو كانت اليمين واحدة .

( فصل ) إذا ظاهر من امرأة ثم قال لأخرى أشركتك معهـا أو أنت شريكتها أو كهى ونوى المظاهرة من الثانية صار مظاهراً منها بغير خلاف علمناه وبه يقول مالك والشافعى وإن أطلق صار مظاهراً أيضاً إذا كان عقيب مظاهرته من الأولى ذكره أبو بكر وبه قال مالك قال أبو الخطاب ويحتمل أن لا يكون مظاهراً وبه

قال الشافعى لأنه ليس بصريح فى الظهار ولا نوى به الظهار فلم يكن ظهاراً كما لو قال ذلك قبل أن يظاهر من الأولى ، ولأنه يحتمل أنها شريكتها فى دينها أو فى الخصومة أو فى النكاح أو سوء الخلق فلم تخصص بالظهار إلا بالنية كسائر الكنايات .

ولنا : أن الشركة والتشبيه لا بد أن يكون فى شىء فوجب تعليقه بالمذكور معه كجواب السؤال فيما إذا قيل له : ألك امرأة ؟ فقال قد طلقتها وكالعطف مع المعطوف عليه والصفة مع الموصوف ، وقولهم إنه كناية لم ينو بها الظهار ، قلنا : قد وجد دليل النية فيكتفى بها وقولهم إنه يحتمل قلنا : ما ذكرنا من القرينة يزيل الاحتمال وإن بقى احتمال ما، كان مرجوحاً فلا يلتفت إليه كالاحتمال فى اللفظ الصريح .

« مسألة » قال ( والكفارة عتق رقبة مؤمنة سالمة من العيوب المضرة بالعمل ) .

فى هذه المسألة ثلاث مسائل :

الأولى : أن كفارة المظاهر القادر على الإعتاق عتق رقبة لا يجزئه غير ذلك بغير خلاف علمناه بين أهل العلم ، والأصل فى ذلك قول الله تعالى ( والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا — إلى قوله — فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ) وقول النبى صلى الله عليه وسلم لأوس بن الصامت حين ظاهر من امرأته «يعتق رقبة ، قلت لا يجد قال : فيصوم » وقوله لسلمة بن صخر مثل ذلك ، فمن وجد رقبة يستغنى عنها أو وجد ثمنها فاضلا عن حاجته ووجدها به لم يجزئه إلا الإعتاق لأن وجود المبدل إذا منع الإنتقال إلى البدل كانت القدرة على ثمنه تمنع الإنتقال كالماء وثمنه يمنع الإنتقال إلى التيمم

والمسألة الثانية : أنه لا يجزئه إلا عتق رقبة مؤمنة فى كفارة الظهار وسائر الكفارات . هذا ظاهر المذهب ، وهو قول الحسن ومالك والشافعى وإسحق وأبى عبيد ، وعن أحمد رواية ثانية : أنه يجزىء فيما عدا كفارة القتل من الظهار وغيره عتق رقبه ذمية . وهو قول عطاء والنخعى والثورى وأبى ثور وأصحاب الرأى وابن المنذر لأن الله تعالى أطلق الرقبة فى هذه الكفاره فوجب أن يجزىء ما تناوله الإطلاق .

ولنا : ماروى معاوية بن الحكم قال كانت لى جارية فاتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقلت : على رقبة أفأعتقها، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أين الله؟ فقالت فى السماء فقال : من أنا ؟ فقالت أنت رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم « اعتقها فإنها مؤمنة » أخرجه مسلم والنسائى ، فعلل جواز إعتاقها عن الرقبة التى عليه بأنها مؤمنة . فدل على أنه لايجزىء عن الرقبه التى عليه إلا مؤمنة، ولأنه تكفير بعتق فلم يجز إلا مؤمنة كـكفارة القتل ، والمطلق يحمل على المقيد من جهة القياس إذا وجد المعنى فيه ولابد من تقييده فإنا أجمعنا على أنه لايجزىء إلا رقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً بيناً فالتقييد بالسلامة من الكفر أولى .

المسألة الثالثة : أنه لايجزئه إلا رقبة سالمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً بينا لأن المقصود تمليك العبد منافعه ويمكنه من التصرف لنفسه ولا يحصل هذا مع ما يضر بالعمل ضرراً بيناً فلا يجزىء الأعمى لأنه لا يمكنه العمل فى أكثر الصنائع ولا المقعد ولا المقطوع اليدين أو الرجلين لأن اليدين آلة البطش فلا يمكنه العمل مع فقدهما والرجلان آلة المشى فلا يتهيأ له كثير من العمل مع تلفهما والشلل كالقطع فى هذا ، ولا يجزىء المجنون جنوناً مطبقاً لأنه وجد فيه المعنيان ذهاب منفعة الجنس وحصول الضرر بالعمل . وبهذا كله قال مالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وحكى عن داود أنه جوز كل رقبة يقع عليها الإسم أخذاً بإطلاق اللفظ .

ولنا أن هذا نوع كفارة فلم يجزىء ما يقع عليه الإسم كالإطعام فإنه لا يجزىء أن يطعم مسوساً ولا عفناً وإن كان يسمى طعاماً ، والآية مقيدة بما ذكرناه .

( فصل ) ولا يجزىء مقطوع اليد أو الرجل ولا أشلهما ولا مقطوع إبهام اليد أو سبابتها أو الوسطى لأن نفع اليد يذهب بذهاب هؤلاء ولا يجزىء مقطوع الخنصر والبنصر من يد واحده لأن نفع اليدين يزول أكثره بذلك وإن قطعت كل واحده من يد جاز لأن نفع الكفين باق وقطع أنملة الإبهام كقطع جميعها فإن نفعها يذهب بذلك لكونها انملتين ، وإن كان من غير الإبهام لم يمنع لأن منفعتها لا تذهب فإنها تصير كالأصابع القصار حتى لو كانت أصابعه كلها غير الإبهام قد قطعت من كل واحدة منها أنملة لم يمنع وإن قطع من الإصبع أنملتان فهو كقطعها لأنه يذهب بمنفعتها وهذا جميعه مذهب الشافعى ، وقال أبو حنيفة يجزىء مقطوع

إحدى اليدين أو إحدى الرجلين ولو قطعت يده ورجله جميعاً من خلاف أجزأت لأن منفعة الجنس باقية فأجزأت فى الكفارة كالأعور . فأما إن قطعتا من وفاق أى من جانب واحد لم يجزىء لأن منفعة المشى تذهب .

ولنا : أن هذا يؤثر فى العمل ويضر ضرراً بينا فوجب أن يمنع إجزاءها كما لو قطعتا من وفاق . ويخالف العور فإنه لايضر ضرراً بينا ، والاعتبار بالضرر أولى من الاعتبار بمنفعة الجنس فإنه لوذهب شمه أو قطعت أذناه معاً أجزأ معذهاب منفعة الجنس ، ولايجزىء الأعرج إذاكان عرجا كثيراً فاحشاً لأنه يضر بالعمل فهو كقطع الرجل ، وإن كان عرجا كثيراً لا يمنع الأخرى لأنه قليل الضرر ،

( فصل ) ويجزىء الأعور فى قولهم جميعاً ، وقال أبو بكر فيه قول آخر لا يجزىء لأنه نقص يمنع التضحية والإجزاء فى الهدى ، فأشبه العمى . والصحيح ما ذكرناه فإن المقصود تكميل الأحكام وتمليك العبد المنافع والعور لا يمنع ذلك ولأنه لا يضر بالعمل . فأشبه قطع إحدى الأذنين . ويفارق العمى فإنه يضر بالعمل ضرراً بيناً ويمنع كثيراً من الصنائع ويذهب بمنفعة الجنس ، ويفارق قطع إحدى اليدين والرجلين فإنه لا يعمل بإحداهما مايعمل بهما والأعور يدرك بإحدى العينين ما يدرك بهما . وأما الأضحية والهدى فإنه لا يمنع منهما مجرد العور وإنما يمنع انخساف العين وذهاب العضو المستطاب ، ولأن الأضحية يمنع فيها قطع الأذن والقرن والعتق لا يمنع فيه إلا ما يضر بالعمل ويجزىء المقطوع الأذنين . وبذلك قال أبو حنيفة والشافعى . وقال مالك وزفر لا يجزىء لأنهما عضوان فيهما الدية أشبها اليدين .

ولنا . أن قطعهما لا يضر بالعمل الضرر البين فلم يمنع كنقص السمع بخلاف قطع اليدين ، ويجزىء مقطوع الأنف لذلك ، ويجزىء الأصم إذا فهم بالإشارة ويجزىء الأخرس إذا فهمت إشارته وفهم بالإشارة ، وهذا مذهب الشافعى وأبى ثور ، وقال أصحاب الرأى لا يجزىء لأن منفعة الجنس ذاهبة . فأشبه زائل العقل وهذا المنصوص عليه عن أحمد لأن الخرس نقص كثير يمنع كثيراً من الأحكام مثل القضاء والشهادة وأكثر الناس لا يفهم إشارته فيتضرر فى ترك

استعماله ، وإن اجتمع الخرس والصمم فقال القاضي : لا يجزىء وهو قول بعض الشافعية لاجتماع النقصين فيه وذهاب منفعتي الجنس ووجه الإجزاء أن الإشارة تقوم مقام الكلام في الإفهام ويثبت في حقه أكثر الأحكام فيجزىء في العتق كالذي ذهب شمه فأما الذي ذهب شمه فيجزىء لأنه لا يضر بالعمل ولا بغيره .

فأما المريض فإن كان مرجو البرء كالحمى وما أشبهها أجزأ في الكفارة وإن كان غير مرجو الزوال كالسل ونحوه لم يجزىء لأن زواله يندر ولا يتمكن من العمل مع بقائه ، وأما نضو الخلق فإن كان يتمكن معه من العمل أجزأ وإلا فلا ويجزىء الأحمق وهو الذي يخطىء على بصير ويصنع الأشياء لغير فائدة ويرى الخطأ صوابا ومن يخنق في الأحيان ، والخصي والمجبوب والرتقاء والكبير الذي يقدر على العمل لأن ما لا يضر بالعمل لا يمنع تمليك العبد منافعه وتكميل أحكامه فيحصل الإجزاء به كالسالم من العيوب .

( فصل ) ويجزىء عتق الجاني والمرهون وعتق المفلس عبده إذا قلنا بصحة عتقهم وعتق المدبر والخصي وولد الزنا لكمال العتق فيهم .

( فصل ) ولا يجزىء عتق المغصوب لأنه لا يقــدر على تمكينه من منافعه ولا غائب غيبة منقطعة لا يعلم خبره لأنه لا يعلم حياته فلا يعلم صحة عتقه وإن لم ينقطع خبره أجزأ عتقه لأنه عتق صحيح ، ولا يجزء عتق الحمل لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا ولذلك لم تجب فطرته ولا يتيقن أيضاً وجوده وحياته ولا عتق أم الولد لأن عتقها مستحق بسبب غير الكفارة والملك فيها غير كامل ولهذا لا يجوز بيعها ، وقال طاوس والبتي يجزىء عتقها لأنه عتق صحيح ولا يجزىء عتق مكاتب أدى من كتابته شيئاً وسنذكر هذا في الكفارات إن شاء الله تعالى .

« مسألة » قال ( فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين )

أجمع اهل العلم على أن المظاهر إذا لم يجد رقبة أن فرضه صيام شهرين متتابعين وذلك لقول الله تعالى (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا) وحديث أوس بن الصامت وسلمة بن صخر وأجمعوا على أن من وجد رقبة فاضلة عن حاجته فليس له الانتقال إلى الصيام وإن كانت له رقبة يحتاج إلى خدمتها لزمن أو كبر

أو مرض أو عظم خلق ونحوه مما يعجزه عن خدمة نفسه أو يكون ممن لا يخدم نفسه فى العادة ولا يجد رقبة فاضلة عن خدمته فليس عليه الإعتاق وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة ومالك والأوزاعى متى وجد رقبة لزمه إعتاقها ولم يجزله الانتقال إلى الصيام سواء كان محتاجاً إليها أو لم يكن ، لأن الله تعالى شرط فى الانتقال إلى الصيام أن لا يجد رقبة بقوله (فمن لم يجد) وهذا واجد وإن وجد ثمنها وهو محتاج إليه لم يلزمه شراؤها وبه قال أبو حنيفة وقال مالك يلزمه لأن وجدان ثمنها كوجدانها .

ولنا : أن ما استغرقته حاجة الإنسان فهو كالمعدوم فى جواز الانتقال إلى البدل كمن وجد ماء يحتاج إليه للعطش يجوز له الانتقال إلى التيمم . وإن كان له خادم وهو ممن يخدم نفسه عادة لزمه إعتاقها لأنه فاضل عن حاجته بخلاف من لم تجر عادته بخدمة نفسه فإن عليه مشقة فى إعتاق خادمه وتضييعاً لكثير من حوائجه وإن كان له خادم يخدم امرأته وهى ممن عليه إخدامها أو كان له رقيق يتقوت بخراجهم أو دار يسكنها أو عقار يحتاج إلى غلته لمؤنته أو عرض للتجارة لا يستغنى عن ربحه فى مؤنته لم يلزمه العتق وإن استغنى عن شيء من ذلك مما يمكنه أن يشترى به رقبة لزمه لأنه واجد للرقبة وإن كانت له رقبة تخدمه يمكنه بيعها وشراء رقبتين بثمنها يستغنى بخدمة إحداهما ويعتق الأخرى لزمه لأنه لا ضرر فى ذلك . وهكذا لو كانت له ثياب فاخرة تزيد على ملابس مثله يمكنه بيعها وشراء ما يكفيه فى لباسه ورقبة لزمه ذلك ، وإن كانت له دار يمكنه بيعها وشراء ما يكفيه لسكنى مثله ورقبة أو ضيعة يفضل منها عن كفايته ما يمكنه شراء رقبة لزمه ويراعى فى ذلك الكفاية التى يحرم معها أخذ الزكاة فإذا فضل عن ذلك شيء وجبت فيه الكفارة . ومذهب الشافعى فى هذا الفصل جميعه على نحو مما قلنا وإن كانت له سرية لم يلزمه إعتاقها لأنه يحتاج إليها وإن أمكنه بيعها وشراء سرية أخرى ورقبة يعتقها لم يلزمه ذلك لأن الفرض قد يتعلق بعينها فلا يقوم غيرها مقامها سيما إذا كان بدون ثمنها .

(فصل) فإن كان موسراً حين وجوب الكفارة إلا أن ماله غائب فإن كان مرجو الحضور قريبا لم يجز الانتقال إلى الصيام لأن ذلك بمنزلة الانتظار لشراء

الرقبة وإن كان بعيداً لم يجز الانتقال إلى الصيام فى غير كفارة الظهار لأنه لاضرر فى الانتظار ، وهل يجوز ذلك فى كفارة الظهار ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لايجوز لوجود الأصل فى ماله . فأشبه سائر الكفارات . والثانى يجوز لأنه يحرم عليه المسيس فجاز له الانتقال لموضع الحاجة ، فإن قيل : فلو عدم الماء وثمنه جاز له الانتقال إلى التيمم وإن كان قادراً عليهما فى بلده . قلنا : الطهارة تجب لأجل الصلاة وليس له تأخيرها عن وقتها فدعت الحاجة إلى الانتقال بخلاف مسألتنا : ولأننا لو منعناه من التيمم لوجود القدرة فى بلده بطلت رخصة التيمم فإن كل أحد يقدر على ذلك .

( فصل ) وإن وجد ثمن الرقبة ولم يجد رقبة يشتريها فله الانتقال إلى الصيام كما لو وجد ثمن الماء ولم يجد ما يشتريه ، وإن وجد رقبة تبـــاع بزيادة على ثمن المثل تجحف بماله لم يلزمه شراؤها ، لأن فيه ضرراً ، وإن كانت لا تجحف بماله احتمل وجهين :

أحدهما : يلزمه لأنه قادر على الرقبة بثمن يقدر عليه لا يجحف به فأشبه ما لو بيعت بثمن مثلها .

والثانى : لا يلزمه لأنه لم يجد رقبة بثمن مثلها أشبه العـادم ، وأصل الوجهين العادم للماء إذا وجده بزيادة على ثمن مثله فإن وجد رقبة بثمن مثلها إلا أنها رقبة رفيعة يمكن أن يشترى بثمنها رقابا من غير جنسها لزمه شراؤها لأنها بثمن مثلها ولا يعد شراؤها بذلك الثمن ضرراً وإنما الضرر فى إعتاقها وذلك لا يمنع الوجوب كما لو كان مالـكا لها .

« مسألة » قال ( فإن أفطر فيها من عذر بنى وإن أفطر من غير عذر ابتدأ .

أجمع أهل العلم على وجوب التتابع فى الصيام فى كفارة الظهار . وأجمعوا على أن من صام بعض الشهر ثم قطعه لغير عذر وأفطر أن عليه استئنـاف الشهرين وإنما كان كذلك لورود لفظ الـكتاب والسنة به . ومعنى التتابع الموالاة بين صيام أيامهما فلا يفطر فيها ولا يصوم عن غير الـكفارة ، ولا يفتقر التتابع إلى نية ويكفى فعله لأنه شرط وشرائط العبادات لاتحتاج إلى نية وإنما تجب النية لأفعالها وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعى ، والوجه الآخر : أنها واجبة لـكل ليلة لأن ضم العبادة إلى العبادة

إذا كان شرطاً وجبت النية فيـــه كالجمع بين الصلاتين . والثالث تكفى نية التتابع فى الليلة اولى .

ولنا : أنه تتابع واجب فى العبادة فلم يفتقر إلى نية كالمتابعة بين الركعات ، ويفارق الجمع بين الصلاتين ، فإن ذلك رخصة فافتقر إلى نية الترخص وما ذكروه ينتقض بالمتابعة بين الركعات ، وأجمع أهل العلم على أن الصائمة متتابعاً إذا حاضت قبل إتمامه تقضى إذا طهرت وتبنى ، وذلك لأن الحيض لا يمكن التحرز منه فى الشهرين إلا بتأخيره إلى الاياس وفيه تغرير بالصوم لأنها ربما ماتت قبله والنفاس كالحيض فى أنه لا يقطع التتابع فى أحد الوجهين لأنه بمنزلته فى أحكامه ولأن الفطر لا يحصل فيهما بفعلهما وإنما ذلك الزمان كزمان الليل فى حقهما والوجه الثانى : أن النفاس يقطع التتابع لأنه فطر أمكن التحرز منه لا يتكرر كل عام فقطع التتابع كالفطر لغير عذر ، ولا يصح قياسه على الحيض ، لأنه أندر منه ويمكن التحرز عنه . وإن أفطر لمرض مخوف لم لم ينقطع التتابع أيضـــاً ، روى ذلك عن ابن عباس وبه قال ابن المسيب والحسن وعطاء والشعبى وطاوس ومجاهد ومالك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر والشافعى فى القديم ، وقال فى الجديد ينقطع التتـابع . وهذا قول سعيد بن جبير والنخعى والحكم والثورى وأصحاب الرأى ، لأنه أفطر بفعله فلزمه الاستئناف كما لو أفطر لسفر .

ولنا : أنه أفطر لسبب لا صنع له فيه فلم يقطع التتـابع كإفطار المرأة للحيض ، وما ذكروه من الأصل ممنوع . وإن كان المرض غير مخوف لكنه يبيح الفطر فقال أبو الخطاب : فيه وجهان . أحدهما : لا يقطع التتـابع لأنه مرض أباح الفطر أشبه المخوف . والثانى : يقطع التتابع لأنه أفطر اختياراً فانقطع التتابع كما لو أفطر لغير عذر ، فأما الحامل والمرضع فإن أفطرتا خوفاً على أنفسهما فهما كالمريض ، وإن أفطرتا خوفاً على ولديهما . ففيها وجهان . أحدهما : لا ينقطع التتابع . اختاره أبو الخطاب لأنه فطر أبيح لهما بسبب لا يتعلق باختيـارهما فلم ينقطع التتابع كما لو أفطرتا خوفاً على أنفسهما . والثانى : ينقطع لأن الخوف على غيرهما ولذلك يلزمهما الفدية مع القضاء ، وإن أفطر لجنون أو إغماء لم ينقطع التتابع لأنه عذر لا صنع له فيه فهو كالحيض .

( فصل ) وإن أفطر لسفر مبيح للفطر فكلام أحمد يحتمل الأمرين . وأظهرهما أنه لا يقطع التتابع فإنه قال فى رواية الأثرم : كان السفر غير المرض . وما ينبغى أن يكون أوكد من رمضان ، وظاهر هذا أنه لا يقطع التتابع وهذا قول الحسن ، ويحتمل أن ينقطع به التتابع وهو قول مالك وأصحاب الرأى ، واختلف أصحاب الشافعى فمنهم من قال فيه قولان كالمرض ومنهم من يقول ينقطع التتابع وجهاً واحداً لأن السفر يحصل باختياره فقطع التتابع كما لو أفطر لغير عذر .

ووجه الأول : أنه فطر لعذر مبيح للفطر فلم ينقطع به التتابع كإفطار المرأة بالحيض ، وفارق الفطر لغير عذر فإنه لا يباح ، وإن أكل يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع أو أفطر يظن أن الشمس قد غابت ولم تغب أفطر ، ويتخرج فى انقطاع التتابع وجهان . أحدهما : لا ينقطع لأنه فطر لعذر . والثانى : يقطع التتابع لأنه بفعل أخطأ فيه فأشبه مالو ظن أنه قد أتم الشهرين فبان خلافه ، وإن أفطر ناسياً لوجوب التتابع أو جاهلا به أو ظناً منه أنه قد أتم الشهرين انقطع التتابع لانه أفطر لجهله فقطع التتابع كما لو ظن أن الواجب شهر واحد ، وإن أكره على الأكل أو الشرب بأن أوجر الطعام أو الشراب لم يفطر . وإن أكل خوفا فقال القاضى لا يفطر ولم يذكر غير ذلك . وفيه وجه آخر أنه يفطر ، فعلى ذلك هل يقطع التتابع ؟ فيه وجهان : أحدهما ؟ لا يقطعه . لأنه عذر مبيح للفطر فأشبه المرض . والثانى . ينقطع التتابع وهو مذهب الشافعى لأنه أفطر بفعله لعذر نادر .

( فصل ) وإن أفطر فى أثناء الشهرين لغيرعذر أو قطع التتابع بصوم نذرأوقضاء أو تطوع أو كفارة أخرى لزمه استئناف الشهرين لانه أخل بالتتابع المشروط ويقع صومه عما نواه لأن هذا الزمان ليس بمستحق متعين للكفارة ولهذا يجوز صومها فى غيره بخلاف شهر رمضان فإنه متعين لا يصلح لغيره ، وإذا كان عليه صوم نذر غير معين أخره إلى فراغه من الكفارة وإن كان متعينا فى وقت بعينه أخر الكفارة عنه أو قدمها عليه إن أمكن ، وإن كان أياماً من كل شهر كيوم الخميس أو أيام البيض قدم الكفارة عليه وقضاه بعدها لأنه لو وفى بنذره لانقطع التتابع ولزمه الاستئناف فيفضى إلى أن لا يتمكن من التكفير والنذر يمكن قضاؤه فيكون هذا عذراً فى تأخيره كالمرض .

« مسألة » قال ( وإن اصابها فى ليالى الصوم أفسد ما مضى من صيامه وابتدأ الشهرين ) .

وبهذا قال مالك والثورى وأبو عبيد وأصحاب الرأى لأن الله تعالى قال : ( فصيام شهرين متتابعين من قبل يتماسا ) فأمر بهما خالبين عن وطء ولم يأت بهما على ما أمر فلم يجزئه كما لو وطىء نهاراً ولأنه تحريم للوطء لا يختص النهار فاستوى فيه الليل والنهار كالاعتكاف ، وروى الأثرم عن أحمد أن التتابع لا ينقطع بهذا ويبنى . وهو مذهب الشافعى وأبى ثور وابن المنــذر لأنه وطء لا يبطل الصوم فلا يوجب الاستئناف كوطء غيرها ، ولأن التتابع فى الصيام عبارة عن إتباع صوم يوم للذى قبله من غير فارق وهذا متحقق وإن وطىء ليلا ، وارتكاب النهى فى الوطء قبل إتمامه إذا لم يخل بالتتابع المشترط لا يمنع صحته وإجزاؤه كما لو وطىء قبل الشهرين أو وطىء ليلة أول الشهرين وأصبح صائماً والاتيان بالصيام قبل التماس فى حق هذا لا سبيل إليه سواء بنى أو استأنف .

وإن وطئها أو وطىء غيرها فى نهار الشهرين عامداً أفطر وانقطع التتابع اجماعا إذا كان غير معذور ، وإن وطئها أو وطىء غيرها نهاراً ناسيا أفطر وانقطع التتابع فى إحدى الروايتين لأن الوطء لا يعذر فيه بالنسيان ، وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يفطر ولا ينقطع التتابع . وهو قول الشافعى وأبى ثور وابن المنــذر لأنه فعل المفطر ناسياً . أشبه ما لو أكل ناسياً وإن ابيح له الفطر لعذر فوطىء غيرها نهاراً لم ينقطع التتابع لأن الوطء لا أثر له فى قطع التتابع . وإن وطئها كان كوطئها ليلا هل ينقطع التتابع ؟ على وجهين ، وإن وطىء غيرها ليلا لم ينقطع التتابع لأن ذلك ليس بمحرم عليه ولا هو مخل باتباع الصوم الصوم فلم ينقطع التتابع كالأكل ليلا ، وليس فى هذا اختلاف نعلمه ، وإن لمس المظاهر منها أو باشرها دون الفرج على وجه يفطر به قطع التتابع لإخلاله بموالاة الصيام وإلا فلا ينقطع والله أعلم .

« مسألة » قال ( فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً )

أجمع أهل العلم على أن المظاهر إذا لم يجــد الرقبة ولم يستطع الصيام أن فرضه إطعام ستين مسكيناً على ما أمر الله تعالى فى كتابه ، وجاء فى سنة نبيه صلى الله عليه وسلم سواء عجز عن الصيام لكبر أو مرض يخاف بالصوم تباطؤه أو الزيادة فيه أو الشبق

فلا يصبر فيه عن الجماع فان أوس بن الصامت لما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالصيام قالت امرأته « يارسول الله انه شيخ كبير مابه من صيام ، قال فليطعم ستين مسكيناً » ولما أمر سلمه بن صخر بالصيام قال « وهل أصبت الذى أصبت إلا من الصيام ؟ » قال « فاطعم » فنقله إلى الإطعام لما أخبره أن به من الشبق والشهوة ما يمنعه من الصيام ، وقسنا على هذين مايشبههما فى معناهما ، ويجوز أن ينتقل إلى الاطعام إذا عجز عن الصيام للمرض وإن كان مرجو الزوال لدخوله فى قوله سبحانه وتعالى ( فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً ) ولأنه لايعلم أن له نهاية فأشبه الشبق . ولايجوز أن ينتقل لأجل السفر لأن السفر لا يعجزه عن الصيام ، وله نهاية ينتهى اليها وهو من أفعاله الاختيارية ، والواجب فى الاطعام اطعام ستين مسكيناً ، لا يجزئه أقل من ذلك وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة لو اطعم مسكيناً واحداً فى ستين يوماً أجزاه ، وحكاه القاضى أبو الحسين رواية عن أحمد لأن هذا المسكين لم يستوف قوت يومه من هذه الكفارة ، لجاز أن يعطى منها كاليوم الأول .

ولنا : قول الله تعالى ( فاطعام ستين مسكيناً ) وهذا لم يطعم إلا واحداً فلم يمتثل الأمر ولأنه لم يطعم ستين مسكيناً ، فلم يجزئه كما لو دفعها إليه فى يوم واحد ولأنه لو جاز الدفع إليه فى أيام لجاز فى يوم واحد كالزكاة وصدقة الفطر ، يحقق هذا أن الله أمر بعدد المساكين لا بعدد الأيام ، وقائل هذا يعتبر عدد الأيام دون عدد المساكين والمعنى فى اليوم الأول أنه لم يستوف حقه من هذه الكفارة وفى اليوم الثانى قد استوفى حقه منها وأخذ منها قوت يوم فلم يجز أن يدفع إليه فى اليوم الثانى كما لو أوصى إنسان بشىء لستين مسكيناً .

« مسألة » قال ( لكل مسكين مد من بر أو نصف صاع من تمر أو شعير )

وجملة الأمر : أن قدر الطعام فى الكفارات كلها مد من بر لكل مسكين أو نصف صاع من تمر أو شعير ، وممن قال مد بر : زيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر ، حكاه عنهم الإمام أحمد ، ورواه عنهم الأثرم ، وعن عطاء وسليمان بن موسى وقال سليمان بن يسار أدركت الناس إذا أعطوا فى كفارة اليمين مداً من حنطه بالمد الأصغر مد النبى صلى الله عليه وسلم ، وقال أبو هريرة يطعم مداً من أى الأنواع كان . وبهذا قال عطاء والأوزاعى والشافعى لما روى أبو داود بإسناده عن عطاء

عن أوس بن أخي عبادة بن الصامت « أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه - يعني المظاهر - خمسة عشر صاعاً من شعير اطعام ستين مسكيناً » وروى الأثرم بإسناده عن أبي هريرة في حديث المجامع في رمضان « أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بعرق فيه خمسة عشر صاعاً فقال : خذه وتصدق به » وإذا ثبت في المجامع بالخبر ثبت في المظاهر بالقياس عليه ولأنه اطعام واجب فلم يختلف باختلاف أنواع المخرج كالفطرة وفدية الأذى وقال مالك لكل مسكين مدان من جميع الأنواع وممن قال مدان من قمح مجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي لأنها كفارة تشتمل على صيام واطعام فكان لكل مسكين نصف صاع كفدية الأذى ، وقال الثوري وأصحاب الرأي من القمح مدان ومن التمر والشعير صاع لكل مسكين لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث سلمة بن صخر « فأطعم وسقا من تمر » رواه الإمام أحمد في المسند وأبو داود وغيرهما وروى الخلال بإسناده عن يوسف بن عبد الله بن سلام عن خويلة فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم « فليطعم ستين مسكيناً وسقا من تمر » وفي رواية أبي داود « والعرق ستون صاعاً » وروى ابن ماجه بإسناده عن ابن عباس قال « كفر رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاع من تمر وأمر الناس : فمن لم يجد فنصف صاع من بر » وروى الأثرم بإسناده عن عمر رضي الله عنه قال « أطعم عني صاعاً من تمر أو شعير أو نصف صاع من بر » ولأنه اطعام للمساكين فكان صاعاً من التمر والشعير أو نصف صاع من بر كصدقة الفطر .

ولنا : ما روى الإمام أحمد حدثنا إسماعيل حدثنا أيوب عن يزيد المدني قال « جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق شعير ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم للمظاهر . أطعم هذا فان مدي شعير مكان مدبر » وهذا نص ، ويدل على أنه مدبر أنه قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفاً فكان اجماعاً ، وعلى أنه نصف صاع من التمر والشعير ماروى عطاء بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لخولة امرأة أوس بن الصامت « اذهبي إلى فلان الانصاري فإن عنده شطر وسق من تمر أخبرني أنه يريد أن يتصدق به فلتأخذيه فليتصدق به على ستين مسكيناً » وفي حديث أوس بن الصامت أن

النبي صلى الله عليه وسلم قال : إنى سأعينه بعرق من تمر . قلت يا رسول الله فإنى سأعينه بعرق آخر. قال : قد أحسنت، أذهبي فأطعمى بها عنه ستين مسكيناً وارجعى إلى ابن عمك » وروى أبو داود بإسناده عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه قال « العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعاً » فعرقان يكونان ثلاثين صاعاً لكل مسكين نصف صاع ولأنها كفارة تشتمل على صيام وإطعام فكان لكل مسكين نصف صاع من التمر والشعير كفدية الأذى . فأما رواية أبي داود « أن العرق ستون صاعاً » فقد ضعفها وقال غيرها أصح منها ، وفى الحديث ما يدل على الضعف لأن ذلك فى سياق قوله : « إنى سأعينه بعرق ، فقالت امرأته : إنى سأعينه بعرق آخر قال : فاطعمى بها عنه ستين مسكيناً » ، فلو كان العرق ستين صاعاً لكانت الكفارة بمائة وعشرين صاعاً ولا قائل به .

وأما حديث المجامع الذى أعطاه خمسة عشر صاعاً فقال « تصدق به » فيحتمل أنه اقتصر عليه إذا لم يجد سواه ، ولذلك لما أخبره بحاجته إليه أمره بأكله . وفى الحديث المتفق عليه « قريب من عشرين صاعاً » وليس ذلك مذهباً لأحمد فيدل على أنه اقتصر على البعض الذى لم يجد سواه . وحديث أوس بن أخى عبادة مرسل يرويه عنه عطاء ولم يدركه ، على أنه حجة لنا لأن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه عرقاً وأعانته امرأته بآخر فصارا جميعاً ثلاثين صاعاً ، وسائر الأخبار نجمع بينها وبين أخبارنا بحملها على الجواز وأخبارنا على الأجزاء . وقد عضد هذا أن ابن عباس راوى بعضها ومذهبه أن المد من البر يجزىء وكذلك أبو هريرة وسائر ما ذكرنا من الأخبار مع الإجماع الذى نقله سليمان بن يسار والله أعلم .

( فصل ) وبقى الكلام فى الإطعام فى أمور ثلاث : كيفيته ، وجنس الطعام ، ومستحقه . فأما كيفيته فظاهر المذهب أن الواجب تمليك كل إنسان من المساكين القدر الواجب له من الكفارة ولو غدى المساكين أو عشاهم لم يجزئه سواء فعل ذلك بالقدر الواجب أو أقل أو أكثر ولو غدى كل واحد بمد لم يجزئه إلا أن يملكه إياه . وهذا مذهب الشافعى ، وعن أحمد رواية أخرى أنه يجزئه إذا أطعمهم القدر الواجب لهم ، وهو قول النخعى وأبي حنيفة ، وأطعم أنس فى فدية الصيام ، قال أحمد أطعم شيئاً كثيراً وصنع الجفان . وذكر حديث حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس وذلك

لقول الله تعالى : ( فإطعام ستين مسكيناً ) وهذا قد أطعمهم فينبغى أن يجزئه ولأنه أطعم المساكين فأجزأه كما لو ملكهم .

ولنا : أن المنقول عن الصحابة إعطاؤهم ففى قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبى هريرة مد لكل فقير ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم لكعب فى فدية الأذى : « أطعم ثلاثة آصع من تمر بين ستة مساكين » ولأنه مال وجب للفقراء شرعاً فوجب تمليكهم إياه كالزكاة . فإن قلنا : يجزىء اشترط أن يغديهم بستين مداً فصاعداً ليكون قد أطعمهم قدر الواجب ، وإن قلنا لا يجزئه أن يغديهم فقدم إليهم ستين مداً وقال هذا بينكم بالسوية فقبلوه أجزأ لأنه ملكهم التصرف فيه والانتفاع قبل القسمة . وهذا ظاهر مذهب الشافعى .

وقال أبو عبد الله بن حامد يجزئه وإن لم يقل بالسوية لأن قوله خذوها عن كفارتى يقتضى التسوية لأن ذلك حكمها ، وقال القاضى : إن علم أنه وصل إلى كل واحد قدر حقه أجزأ وإن لم يعلم لم يجزئه لأن الأصل شغل ذمته ما لم يعلم وصول الحق إلى مستحقه . ووجه الأول أنه دفع الحق إلى مستحقه مشاعاً فقبلوه فبرىء منه كديون غرمائه .

( فصل ) ولا يجب التتابع فى الإطعام نص عليه أحمد فى رواية الأثرم . وقيل له تكون عليه كفارة يمين فيطعم اليوم واحداً وآخر بعد أيام وآخر بعد حتى يستكمل عشرة ؟ فلم ير بذلك بأساً ، وذلك لأن الله تعالى لم يشترط التتابع فيه ، ولو وطىء فى أثناء الإطعام لم تلزمه إعادة ما مضى منه ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى وقال مالك يستأنف لأنه وطىء فى أثناء كفارة الظهار فوجب الاستئناف كالصيام .

ولنا : أنه وطىء فى أثناء ما لا يشترط التتابع فيه فلم يوجب الاستئناف كوطء غير المظاهر منها أو كالوطء فى كفارة اليمين وبهذا فارق الصيام .

« مسألة » قال : ( ولو أعطى مسكيناً مدين من كفارتين فى يوم واحد أجزأ فى إحدى الروايتين ) .

وهذا مذهب الشافعى لأنه دفع القدر الواجب إلى العدد الواجب فأجزأ كما لو دفع إليه المدين فى يومين . والأخرى : لا يجزئه وهو قول أبى حنيفة لأنه استوفى قوت يوم من كفارة فلم يجزئه الدفع إليه ثانياً فى يومه كما لو دفعهما إليه من كفارة

واحدة . فعلى هذه الرواية يجزئه عن إحدى الكفارتين ، وهل له الرجوع فى الأخرى ؟ ينظر فإذا كان أعلمه أنها عن كفاره فله الرجوع وإلا فلا ويتخرج أن لا يرجع بشىء على ما ذكرناه فى الزكاة . والرواية الأولى أقيس وأصح فإن اعتبار عدد المساكين أولى من اعتبار عدد الأيام ، ولو دفع إليه ذلك فى يومين أجزأ ، ولأنه لو كان الدافع اثنين أجزأ عنهما فكذلك إذا كان الدافع واحداً ، ولو دفع ستين مداً إلى ثلاثين فقيرا من كفارة واحدة أجزأه من ذلك ثلاثون ويطعم ثلاثين آخرين ، وإن دفع الستين من كفارتين أجزأه ذلك على إحدى الروايتين ولا يجزىء فى الأخرى إلا عن ثلاثين .

والأمر الثانى : أن المجزىء فى الإطعام ما يجزىء فى الفطرة وهو البر والشعير والتمر والزبيب سواء كانت قوته أو لم تكن وماعداها فقال القاضى لا يجزىء إخراجه سواء كان قوت بلده أو لم يكن لأن الخبر ورد بإخراج هذه الأصناف على ما جاء فى الأحاديث التى رويناها ، ولأنه الجنس المخرج فى الفطرة . فلم يجزىء غيره كما لو لم يكن قوت بلده ، وقال أبو الخطاب عندى أنه يجزئه الإخراج من جميع الحبوب التى هى قوت بلده كالذرة والدخن والأرز لأن الله تعالى قال : (من أوسط ما تطعمون أهليكم ) وهذا مما يطعمه أهله فوجب أن يجزئه بظاهر النص . وهذا مذهب الشافعى فإن أخرج غير قوت بلده أجود منه فقد زاد خيراً ، وإن كان أنقص لم يجزئه وهذا أجود .

( فصل ) والأفضل عند أبى عبد الله إخراج الحب لأنه يخرج به من الخلاف وهى حالة كاله لأنه يدخر فيها ويتهيأ لمنافعه كلها بخلاف غيره فإن أخرج دقيقاً جاز لكن يزيد على قدر المد قدراً يبلغ المد حباً أو يخرجه بالوزن لأن للحب ريعاً فيكون فى مكيال الحب أكثر مما فى مكيال الدقيق .

قال الأثرم قيل لأبى عبد الله فيعطى البر والدقيق ؟ فقال : أما الذى جاء فالبر ولكن إن أعطاه الدقيق بالوزن جاز ، وقال الشافعى : لا يجزىء لأنه ليس بحال الكمال لاجل ما يفوت به من وجوه الانتفاع فلم يجز كالهريسة .

ولنا : قول الله تعالى ( فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم ) والدقيق من أوسط ما يطعمه أهله ولأن الدقيق أجزاء الحنطة وقد كفاهم مؤنته وطحنه وهيأه وقربه من الأكل وفارق الهريسة فإنها تتلف على قرب ولا يمكن

الانتفاع بهـــا فى غير الأكل فى تلك الحال بخلاف مسألتنا ، وعن أحمد فى إخراج الخبز روايتان . إحداهما : يجزىء اختارها الخرقى و نص عليه أحمد فى رواية الأثرم ، فإنه قال قلت لأبى عبد الله رجل أخذ ثلاثةعشر رطلا وثلثاً دقيقاً وهو كفارة اليمين فخبزه للمساكين وقسم الخبز على عشرة مساكين أيجزئه ذلك ؟ قال ذلك أعجب إلى وهو الذى جاء فيه الحديث أن يطعمهم مد بر ، وهذا إن فعل فأرجو أن يجزئه قلت إنما قال الله ( فإطعام عشرة مساكين ) فهذا قد أطعم عشرة مساكين وأوفاهم المد ، قال أرجو أن يجزئه وهذا قول بعض أصحاب الشافعى ، ونقل الأثرم فى موضع آخر أن أحمد سأله رجل عن الكفارة قال أطعمهم خبزاً وتمراً قال ليس فيه تمر قال فخبز . قال لا ولكن براً أودقيقاً بالوزن رطل وثلث لكل مسكين ، فظاهرهذا أنه لايجزئه وهو مذهب الشافعى لأنه خرج عن حالة الكمال والادخار فأشبه الهريســـة . والأول أحسن لأن الله تعالى قال ( فاطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم) وهذا من أوسط ما يطعم أهله وليس الإدخار مقصوداً فى الكفـارة فانهـا مقدرة بما يقوت المسكين فى يومه فيدل ذلك على أن المقصود كفايته فى يومه وهذا قد هيأه للأكل المعتـاد للاقتيات وكفاهم مؤنته فأشبه ما لو نقى الحنطة وغسلها .

وأما الهريسة والكبولا ونحوهما فلا يجزىء لأنهمـا خرجا عن الاقتيات المعتاد إلى حيز الأدام وأما السويق فالصحيح أنه لا يجزىء لذلك ، ويحتمل أن يجزىء لأنه يقتات فى بعض البلدان ولا يجزئه من الخبز والسويق أقل من شىء يعمل من مد فان أخذ مد حنطة أو رطلا وثلثا من الدقيق وصنعه خبزاً أجزأه ، وقال الخرقى يجزئه رطلان .

قال القاضى : المد يجىء منه رطلان وذلك لأن الغالب أن رطلين من الخبز لاتكون إلا من مد وذلك بالرطل الدمشقى خمس أواق وأقل من خمس أوقية وهذا فى البر ، فأما إن كان المخرج من الشعير فلا يجزئه الاضعف ذلك على ما قررناه .

( فصل ) ولا تجزىء القيمه فى الكفارة نقلهـا الميمونى والأثرم وهو مذهب الشافعى وخرج بعض أصحابنا من كلام أحمد رواية أخرى أنه يجزئه وهو ماروى الأثرم أن رجلا سأل أحمدقال أعطيت فى كفارة خمسة دوانيق ؟ فقال : لو استشرتنى

قبل أن تعطى لم أشر عليك ولكن أعط على ما بقى من الأيمان على ما قلت لك وسكت عن الذى أعطى ، وهذا ليس برواية وإنما سكت عن الذى أعطى لأنه مختلف فيه فلم ير التضييق عليه فيه .

الأمر الثالث : أن مستحق الكفارة هم المساكين الذين يعطون من الزكاة لقول الله تعالى ( فإطعام ستين مسكينا ) والفقراء يدخلون فيهم لأن فيهم المسكنة وزيادة ولا خلاف فى هذا ، فأما الأغنياء فلا حق لهم فى الكفارة سواء كانوا من أصناف الزكاة كالغزاة والمؤلفة أو لم يكونوا ، لأن الله تعالى خص بها المساكين ، واختلف أصحابنا فى المكاتب فقال القاضى فى المجرد وأبو الخطاب فى الهداية لا يجوز دفعها إليه ، وهو مذهب الشافعى ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب فى مسائلهما يجوز الدفع إليه ، وهو مذهب أبى حنيفة وأبى ثور لأنه يأخذ من الزكاة لحاجته فأشبه المسكين .

ووجه الأول : أن الله تعالى خص بها المساكين ، والمكاتبون صنف آخر فلم يجز الدفع إليهم كالغزاة والمؤلفة ، ولأن الكفارة قدرت بقوت يوم لكل مسكين وصرفت إلى من يحتاج إليها للاقتيات ، والمكاتب لا يأخذ لذلك فلا يكون فى معنى المسكين ، ويفارق الزكاة ، فإن الأغنياء يأخذون منها وهم الغزاة والعاملون عليها والمؤلفة والغارمون ، ولأنه غنى بكسبه أو بسيده فأشبه العامل ، ولا خلاف بينهم فى أنه لا يجوز دفعها إلى عبد لأن نفقته واجبة على سيده وليس هو من أصناف الزكاة ، ولا إلى أم ولد لأنها أمة نفقتها على سيدها وكسبها له ، ولا إلى من تلزمه نفقته ، وقد ذكرنا ذلك فى الزكاة ، وفى دفعها إلى الزوج وجهان بناء على دفع الزكاة إليه .

ولا يجوز دفعها إلى كافر . وبهذا قال الشافعى وخرج أبو الخطاب وجها فى إعطائهم بناء على الرواية فى إعتاقهم وهو قول أبى ثور وأصحاب الرأى لأن الله تعالى قال ( فاطعام عشرة مساكين ) وأطلق فيدخلون فى الإطلاق .

ولنا : أنه كافر فلم يجز الدفع إليه كمساكين أهل الحرب وقد سلمه أصحاب الرأى والآية مخصوصة بأهل الحرب فنقيس عليهم سائر الكفار ، ويجوز صرفها إلى الصغير

والكبير إن كان ممن يأكل الطعام وإذا أراد صرفه إلى الصغير فانه يدفعه إلى وليه يقبض له فان الصغير لايصح منه القبض ، فأما من لا يأكل الطعام فظاهر كلام الخرقي أنه لايجوز الدفع إليه لأنه لايأكله فيكون بمنزلة دفع القيمة. وقال أبو الخطاب يجزىء لأنه مسكين يدفع إليه من الزكاة فأشبه الكبير ، وإذا قلنا يجوز الدفع إلى المكاتب جاز للسيد الدفع من كفارته إلى مكاتبه لأنه يجوز أن يدفع إليه من زكاته .

( فصل ) ويجوز دفع الكفارة إلى من ظاهره الفقر فان بان غنياً فهل تجزئه ؟ فيه وجهان بناء على الروايتين في الزكاة وإن بان كافراً أو عبداً لم يجزئه وجهاً واحداً .

« مسألة » قال ( ومن ابتدأ صوم الظهار من أول شعبان أفطر يوم الفطر وبنى، وكذلك أن ابتدأ من أول ذي الحجة أفطر يوم النحر وأيام التشريق وبنى على ما مضى من صيامه ) .

وجملة ذلك : أنه إذا تخلل صوم الظهار زمان لا يصح صومه عن الكفارة مثل أن يبتدىء الصوم من أول شعبان فيتخلله رمضان ويوم الفطر أو يبتدىء من ذي الحجة فيتخلله يوم النحر وأيام التشريق فإن التتابع لاينقطع بهذا ويبني على ما مضى من صيامه ، وقال الشافعي ينقطع التتابع ويلزمه الاستئناف لأنه أفطر في أثناء الشهرين بما كان يمكنه التحرز منه فأشبه إذا أفطر بغير ذلك أو صام عن نذر أو كفاره أخرى .

ولنا : أنه زمن منعه الشرع عن صومه في الكفارة فلم يقطع التتابع كالحيض والنفاس، فإن قال والحيض والنفاس غير ممكن التحرز منه . قلنا : قد يمكن التحرز من النفاس بأن لا تبتدى الصوم في الحال الحل ومن الحيض إذا كان طهرها يزيد على الشهرين بأن تبتدى الصوم عقيب طهرها من الحيضة .ومع هذا فإنه لا ينقطع التتابع به ، ولا يجوز للمأموم مفارقة إمامه لغير عذر ويجوز أن يدخل معه المسبوق في أثناء الصلاة مع علمه بلزوم مفارقته قبل إتمامها ، ويتخرج في أيام التشريق رواية أخرى أنه يصومها عن الكفارة ولا يفطر إلا يوم النحر وحده ، فعلى هذا إن أفطرها استأنف لأنها أيام أمكنه صيامها في الكفارة ففطرها يقطع التتابع كغيرها . إذا ثبت هذا فإنه إن ابتدأ الصوم من أول شعبان أجزأه صوم شعبان عن شهر ناقصاً كان أو تاما ، وأما شوال فلا يجوز أن يبدأ به من أوله لأن أوله يوم

الفطر وصومه حرام فيشرع فى صومه من اليوم الثانى ويتمم شهراً بالعدد ثلاثين يوماً ، وإن بدأ من أول ذى الحجة إلى آخر المحرم قضى أربعة أيام وأجزأه لأنه بدأ بالشهرين من أولها ، ولو ابتدأ صوم الشهرين من يوم الفطر لم يصح صوم يوم الفطر وصح صوم بقية الشهر وصوم ذى القعده ويحتسب له بذى القعدة ناقصاً كان أو تاما لأنه بدأه من أوله . وأما شوال فإن كان تاماً صام يوماً من ذى الحجة مكان يوم الفطر وأجزأه ، وإن كان ناقصاً صام من ذى الحجة يومين لأنه لم يبدأه من أوله ، وإن بدأ بالصيام من أول أيام التشريق وقلنا يصح صومها عن الفرض فإنه يحتسب له بالمحرم ويكمل صوم ذى الحجة بتمام ثلاثين يوماً من صفر ، وإن قلنا لا يصح صومها عن الفرض صام مكانها من صفر .

( فصل ) ويجوز أن يبتدى صوم الشهرين من أول شهر ومن أثنائه لا نعلم فى هذا خلافا ، لأن الشهر اسم لما بين الهلالين والثلاثين يوماً ، فأيهما صام فقد أدى الواجب ، فإن بدأ من أول شهر فصام شهرين بالأهلة أجزأه ذلك تامين كانا أو ناقصين إجماعاً . وبهذا قال الثورى وأهل العراق ومالك فى أهل الحجاز والشافعى وأبو ثور وأبو عبيد وغيرهم لأن الله تعالى قال ( فصيام شهرين متتابعين ) وهذان شهران متتابعان ، وإن بدأ من أثناء شهر فصام ستين يوماً أجزأه بغير خلاف أيضاً . قال ابن المنذر أجمع على هذا من نحفظ عنه من أهل العلم ، فأما إن صام شهراً بالهلال وشهراً بالعدد فصام خمسة عشر يوما من المحرم وصفر جميعه وخمسة عشر يوماً من ربيع فإنه يجزئه سواء كان صفر تاما أو ناقصاً لأن الأصل اعتبار الشهور بالأهلة لكن تركناه فى الشهر الذى بدأ من وسطه لتعذره ففى الشهر الذى أمكن اعتباره يجب أن يعتبر وهذا مذهب الشافعى وأصحاب الرأى ويتوجه أن يقال لا يجزئه إلا شهران بالعدد لأننا لما ضممنا إلى الخمسة عشر من المحرم خمسة عشر من صفر فصار ذلك شهراً صام ابتداء صوم الشهر الثانى من أثناء شهر أيضاً وهذا قول الزهرى .

( فصل ) فإن نوى صوم شهر رمضان عن الكفارة لم يجزئه عن رمضان ولا عن الكفارة وانقطع التتابع حاضراً كان أو مسافراً لأنه تخلل صوم الكفارة

فطر غير مشروع ، وقال مجاهد وطاوس يجزئه عنهما . وقال أبو حنيفة إن كان حاضراً أجزأه عن رمضان دون الكفارة لأن تعيين النية غير مشترط لرمضان . وإن كان فى سفر أجزأه عن الكفارة دون رمضان ، وقال صاحباه يجزىء عن رمضان دون الكفارة سفراً وحضراً .

ولنا : أن رمضان متعين لصومه محرم صومه عن غيره فلم يجزئه عن غيره كيومى العيدين ، ولا يجزىء عن رمضان لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إنما الأعمال بالنيات وإنما لامرىء ما نوى » وهذا ما نوى رمضان فلا يجزئه ولا فرق بين الحضر والسفر ، لأن الزمان متعين وإنما جاز فطره فى السفر رخصة فإذا تكلف وصام رجع إلى الأصل فإن سافر فى رمضان المتخلل لصوم الكفارة وأفطر لم ينقطع التتابع لأنه زمن لا يستحق صومه عن الكفارة فلم ينقطع التتابع بفطره كالليل .

« مسألة » قال ( وإذا كان المظاهر عبداً لم يكفر إلا بالصيام وإذا صام فلا تجزئه إلا شهران متتابعان )

قد ذكرنا أن ظهار العبد صحيح وكفارته بالصيام لأن الله تعالى قال ( فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ) والعبد لا يستطيع الاعتاق فهو كالحر المعسر وأسوأ منه حالا وظاهر كلام الخرقى أنه لا يجزئه غير الصيام سواء أذن له سيده فى التكفير بالعتق أو لم يأذن وحكى هذا عن الحسن وأبى حنيفة والشافعى ، وعن أحمد رواية أخرى إن أذن له سيده فى التكفير بالمال جاز وهو مذهب الأوزاعى وأبى ثور لأنه بإذن سيده يصير قادراً على التكفير بالمال فجاز له ذلك كالحر ، وعلى هذه الرواية يجوز له التكفير بالاطعام عند العجز عن الصيام وهل له العتق ؟ على روايتين .

إحداهما : وحكى هذا عن مالك وقال أرجو أن يجزئه الإطعام وأنكر ذلك ابن القاسم صاحبه وقال لا يجزئه إلا الصيام ، وذلك لأن العتق يقتضى الولاء والولاية والإرث وليس ذلك للعبد .

والرواية الثانية : له العتق وهو قول الأوزاعى واختارها أبو بكر لأن من صح تكفيره بالإطعام صح بالعتق ولا يمتنع صحة العتق مع انتفاء الإرث كما لو أعتق من

يخالفه فى دينه ولأن المقصود بالعتق إسقاط الملكية عن العبد وتمليكه نفع نفسه وخلوصه من ضرر الرق وما يحصل من توابع ذلك ليس هو المقصود فلا يمنع من صحته ما يحصل منه المقصود لامتناع بعض توابعه .

ووجه الأولى : أن العبد مال لا يملك المال فيقع تكفيره بالمال بمال غيره . فلم يجزئه كما لو أعتق عبد غيره عن كفارته ، وعلى كلتا الروايتين لا يلزمه التكفير بالمال وإن أذن له سيده فيه لأن فرضه الصيام فلم يلزمه غيره كما لو أذن موسر لحر معسر فى التكفير من ماله وإن كان عاجزاً عن الصيام فأذن له سيده فى التكفير بما شاء من العتق والإطعام فإن له التكفير بالإطعام لأن من لا يلزمه الإعتاق مع قدرته على الصيام لا يلزمه مع عجزه عنه كالحر المعسر ، ولأن عليه ضرراً فى التزام المنة الكبيرة فى قبول الرقبة ولا يلزم مثل ذلك فى الطعام لقلة المنة فيه ، وهذا فيما إذا أذن له سيده فى التكفير قبـــل العود فإن عاد وجبت الكفارة فى ذمته ثم أذن له سيده فى التكفير انبنى مع ذلك على أصل آخر وهو أن التكفير هل هو معتبر بحالة الوجوب أو بأغلظ الأحوال ، وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى ، وعلى كل حال فإذا صام لا يجزئه إلا شهران متتابعان لدخوله فى عموم قوله تعالى ( فصيام شهرين متتابعين ) ولأنه صوم فى كفارة فاستوى فيه الحر والعبد كـكفارة اليمين ، وبهذا قال الحسن والشعبي والنخعى والزهرى والشافعى وإسحاق ولا نعلم لهم مخالفاً إلا ما روى عن عطاء أنه لو صام شهراً أجزأه وقاله النخعى ثم رجع عنه إلى قول الجماعة .

( فصل ) والاعتبار فى الكفارة بحالة الوجوب فى أظهر الروايتين وهو ظاهر كلام الخرقى لأنه قال إذا حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق فعليه الصوم لا يجزئه غيره وكذلك قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن عبد حلف على يمين فحنث فيها وهو عبد فلم يكفر حتى عتق أيكفر كفارة حر أو كفارة عبد ؟ قال يكفر كفارة عبد لأنه إنما يكفر ما وجب عليه يوم حنث لا يوم حلف ، قلت له حلف وهو عبد وحنث وهو حر ؟ قال يوم حنث واحتج فقال افترى وهو عبد أى ثم أعتق . فإنما يجلد جلد العبد وهو أحد أقوال الشافعى ، فعلى هذه الرواية يعتبر يساره وإعساره حال وجوبها عليه فإن كان موسراً حال الوجوب استقر وجوب الرقبة عليه فلم

يسقط بإعساره بعد ذلك ، وإن كان معسراً ففرضه الصوم فإذا أيسر بعد ذلك لم يلزمه الانتقال إلى الرقبة .

والرواية الثانية : الاعتبار بأغلظ الأحوال من حين الوجوب إلى حين التكفير فمتى وجد رقبة فيما بين الوجوب إلى حين التكفير لم يجزئه إلا الإعتاق وهذا قول ثان للشافعي لأنه حق يجب في الذمة بوجود مال فاعتبر فيه اغلظ الحالين كالحج وله قول ثالث أن الاعتبار بحالة الأداء . وهو قول أبي حنيفة ومالك لأنه حق له بدل من غير جنسه فكان الاعتبار فيه بحالة الأداء كالوضوء .

ولنا : أن الكفارة تجب على وجه الطهرة فكان الاعتبار فيها بحالة الوجوب كالحد أو نقول من وجب عليه الصيام في الكفاره لم يلزمه غيره كالعبد إذا اعتق ويفارق الوضوء فإنه لو تيمم ثم وجد الماء بطل تيممه وههنا لو صام ثم قدر على الرقبة لم يبطل صومه وليس الاعتبار في الوضوء بحالة الأداء فإن أداءه فعله وليس الاعتبار به وإنما الاعتبار بأداء الصلاة وهي غير الوضوء ، وأما الحج فهو عبادة العمر وجميعه وقت لها فمتى قدر عليه في جزء من وقته وجب بخلاف مسألتنا ثم يبطل ما ذكروه بالعبد إذا اعتق فانه لا يلزمه الانتقال إلى العتق مع ما ذكروه ، فان قيل : العبد لم يكن ممن تجب عليه الرقبة ولا تجزئه فلما لم تجزئه الزيادة لم تلزمه بتغير الحال بخلاف مسألتنا . قلنا هذا لا أثر له .

إذا ثبت هذا فإنه إذا أيسر فأحب أن ينتقل إلى الإعتاق جاز له في ظاهر كلام الخرقي فإنه قال ومن دخل في الصوم ثم قدر على الهدى لم يكن عليه الخروج إلا أن يشاء وهذا يدل على أنه إذا شاء فله الانتقال إليه ويجزئه إلا أن يكون الحانث عبداً فليس له إلا الصوم وإن عتق وهو قول الشافعي على القول الذي توافقنا فيه وذلك لأن العتق هو الأصل فوجب أن يجزئه كسائر الأصول ، فأما إن استمر به العجز حتى شرع في الصيام لم يلزمه الانتقال إلى العتق بغير خلاف في المذهب وهو مذهب الشعبي وقتادة ومالك والأوزاعي والليث والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وهو أحد قولي الحسن ، وذهب ابن سيرين وعطاء والنخعي والحكم وحماد والثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي إلى أنه يلزمه العتق لأنه قـــدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل فلزمه العود إليه كالمتيمم يجد الماء قبل الصلاة أو في أثنائها .

ولنا : أنه لم يقدر على العتق قبل تلبسه بالصيام فلم يسقط عنه كما لو استمر العجز إلى بعد الفراغ ولا يشبه الوضوء فإنه لو وجد الماء بعد التيمم بطل وههنا بخلافه ولأنه وجد المبدل بعد الشروع فى صوم البدل فلم يلزمه الانتقال إليه كالمتمتع يجد الهدى بعد الشروع فى صيام السبعة .

( فصل ) إذا قلنا :الاعتبار بحالة الوجوب فوقته فى الظهار زمن العود لا وقت المظاهرة لأن الكفارة لا تجب حتى يعود وقته فى اليمين زمن الحنث لا وقت اليمين وفى القتل زمن الزهوق لا زمن الجرح ، وتقديم الكفارة قبل الوجوب تعجيل لها قبل وجوبها لوجود سببها كتعجيل الزكاة قبل الحول وبعد وجود النصاب .

( فصل ) فاذا كان المظاهر ذمياً فتكفيره بالعتق أو الإطعام لأنه يصح منه فى غير الكفارة فصح منه فيها ولا يجوز بالصيام لأنه عبادة محضة والكافر ليس من أهلها ولأنه لا يصح منه فى غير الكفارة فلا يصح منه فيها ، ولا يجزئه فى العتق إلا عتق رقبة مؤمنة فان كانت ملكه أو ورثها أجزأت عنه وإن لم يكن كذلك فلا سبيل له إلى شراء رقبة مؤمنة لأن الكافر لا يصح منه شراء المسلم . ويتعين تكفيره بالإطعام إلا أن يقول لمسلم أعتق عبدك عن كفارتى وعلى ثمنه فيصح فى إحدى الروايتين ، وإن أسلم الذمى قبل التكفير بالإطعام فحكمه حكم العبد يعتق قبل التكفير بالصيام على ما مضى لأنه فى معناه ، وإن ظاهر وهو مسلم ثم ارتد فصام فى ردته عن كفارته لم يصح وإن كفر بعتق أو إطعام فقد اطلق أحمد القول أنه لا يجزئه ، وقال القاضى . المذهب أن ذلك موقوف فإن أسلم تبينا أنه أجزأه وإن مات أو قتل تبينا أنه لم يصح منه كسائر تصرفاته .

« مسألة » قال ( ومن وطىء قبل أن يأتى بالكفارة كان عاصياً وعليه الكفارة المذكوره )

قد ذكرنا أن المظاهر يحرم عليه وطء زوجته قبل التكفير لقول الله تعالى فى العتق والصيام ( من قبل أن يتماسا ) فإن وطىء عصى ربه لمخالفة أمره وتستقر الكفارة فى ذمته فلا تسقط بعد ذلك بموت ولا طلاق ولا غيره وتحريم زوجته عليه باق بحاله حتى يكفر ، هذا قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن سعيد بن

المسيب وعطاء وطاوس وجابر بن زيد ومورق العجلى وأبى مجلز والنخعى وعبد الله بن أذينة ومالك والثورى والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبى ثور ، وروى الخلال عن الصلت بن دينار قال : سألت عشرة من الفقهاء عن المظاهر يجامع قبل أن يكفر قالوا : ليس عليه إلا كفارة واحدة الحسن وابن سيرين وبكر المزنى ومورق العجلى وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وقتادة وقال وكيع وأظن العاشر نافعاً ، وحكى عن عمرو بن العـــاص أن عليه كفارتين وروى ذلك عن قبيصة وسعيد بن جبير والزهرى وقتادة لأن الوطء يوجب كفـارة والظهار موجب للأخرى ، وقال أبو حنيفة لا تثبت الكفارة فى ذمته وإنما هى شرط للاباحة بعد الوطء كما كانت قبله . وحكى عن بعض الناس أن الكفارة تسقط لأنه فات وقتها لكونها وجبت قبل المسيس

ولنا : حديث سلمة بن صخر حين ظاهر ثم وطىء قبل التكفير ، فأمره النبى صلى الله عليه وسلم بكفارة واحدة ، ولأنه وجد الظهار والعود فيدخل فى عموم قوله (ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة ) فأما قولهم : فات وقتها . فيبطل بما ذكرناه وبالصلاة وسائر العبادات يجب قضاؤها بعد فوات وقتها .

« مسألة » قال ( وإذا قالت المرأة لزوجها أنت على كظهر أبى لم تكن مظاهرة ولزمتها كفارة الظهار لأنها قد أتت بالمنكر من القول والزور )

وجملة ذلك : أن المرأة إذا قالت لزوجهـــا أنت على كظهر أبى أو قالت إن تزوجت فلانا فهو على كظهر أبى فليس ذلك بظهار ، قال القاضى لا تكون مظاهرة رواية واحدة ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى . وقال الزهرى والأوزاعى هو ظهار وروى ذلك عن الحسن والنخعى إلا أن النخعى قال إذا قالت ذلك بعد ما تزوج فليس بشىء ولعلهم يحتجون بأنها أحد الزوجين ظاهر من الآخر فكان مظاهراً كالرجل .

ولنا : قول الله تعالى ( والذين يظاهرون من نسائهم ) فخصهم بذلك ولأنه قول يوجب تحريما فى الزوجة يملك الزوج رفعه فاختص به الرجل كالطلاق ولأن الحل فى المرأة حق للرجل فلم تملك المرأة إزالته كسائر حقوقه إذا ثبت هذا فاختلف عن أحمد فى الكفارة فنقل عنه جماعة عليها كفارة الظهار لما روى الأثرم بإسناده عن براهيم أن عائشة بنت طلحة قالت : إن تزوجت مصعب بن الزبير فهو على كظهر

أبي فسألت أهل المدينة فرأوا أن عليها الكفارة . وروى علي بن مسهر عن الشيباني قال «كنت جالسا في المسجد أنا وعبد الله بن معقل المزني ، فجاء رجل حتى جلس إلينا فسألته من أنت ؟ فقال أنا مولى لعائشة بنت طلحة التي أعتقتني عن ظهارها خطبها مصعب بن الزبير ، فقالت هو علي كظهر أبي إن تزوجته ثم رغبت فيه فاستفتت أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يومئذ كثير فأمروها أن تعتق رقبة وتتزوجه فاعتقتني وتزوجته » وروى سعيد هذين الخبرين مختصرين ولأنها زوج أتى بالمنكر من القول والزور فلزمه كفارة الظهار كالآخر ولأن الواجب كفارة يمين فاستوى فيها الزوجان كاليمين بالله تعالى . والرواية الثانية : ليس عليها كفارة وهو قول مالك والشافعي وإسحاق وأبي ثور ، لأنه قول منكر وزور ، وليس بظهار ، فلم يوجب كفارة كالسب والقذف ولأنه قول ليس بظهار فلم يوجب كفارة الظهار كسائر الأقوال أو تحريم مما لا يصح منه الظهار فأشبه الظهار من أمته . والرواية الثالثة : عليها كفارة اليمين ، قال أحمد قد ذهب عطاء مذهبا حسنا جعله بمنزلة من حرم على نفسه شيئا مثل الطعام وما أشبهه وهذا أقيس على مذهب أحمد وأشبه بأصوله لأنه ليس بظهار ومجرد القول من المنكر والزور لا يوجب كفارة الظهار بدليل سائر الكذب والظهار قبل العود والظهار من أمته وأم ولده ولأنه تحريم لا يثبت التحريم في المحل فلم يوجب كفارة الظهار كتحريم سائر الحلال ولأنه ظهار من غير امرأته فأشبه الظهار من أمته وما روي عن عائشة بنت طلحة في عتق الرقبة فيجوز أن يكون إعتاقها تكفيراً ليمينها ، فإن عتق الرقبة أحد خصال كفارة اليمين ويتعين حمله على هذا لكون الموجود منها ليس بظهار وكلام أحمد في رواية الأثرم لا يقتضي وجوب كفارة الظهار إنما قال الأحوط أن تكفر وكذا حكاه ابن المنذر ولا شك في أن الأحوط التكفير بأغلظ الكفارات ليخرج من الخلاف ولكن ليس ذلك بواجب عليه لأنه ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص وإنما هو تحريم للحلال من غير ظهار . فأشبه ما لو حرم أمته أو طعامه وهذا قول عطاء والله أعلم .

( فصل ) وإذا قلنا بوجوب الكفارة عليها فلا تجب عليها حتى يطأها وهي مطاوعة فإن طلقها أو مات أحدهما قبل وطئها أو إكراهها على الوطء فلا كفارة عليها لأنها

يمين فلا تجب كفارتها قبل الحنث فيها كسائر الأيمان ولا يجب تقديمها قبل المسيس ككفارات سائر الايمان ويجوز تقديمها لذلك وعليها تمكين زوجها من وطئها قبل التكفير لأنه حق له عليها فلا يسقط بيمينها ولأنه ليس بظهار وإنما هو تحريم للحلال فلا يثبت تحريماً كما لو حرم طعامه ، وحكى أن ظاهر كلام أبي بكر أنها لا تمكنه قبل التكفير إلحاقا بالرجل . وليس ذلك بجيد لأن الرجل الظهار منه صحيح ولا يصح ظهار المرأة ولأن الحل حق الرجل فلك رفعه والحل حق عليها فلا تملك إزالته والله أعلم .

« مسألة » قال ( وإذا ظاهر من زوجته مراراً فلم يكفر فكفارة واحدة )

هذا ظاهر المذهب سواء كان في مجلس أو مجالس ينوى بذلك التأكيد أو الاستئناف أو أطلق نقله عن أحمد جماعه . واختاره أبو بكر وابن حامد والقاضي وروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال عطاء وجابر بن زيد وطاوس والشعبي والزهرى ومالك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وهو قول الشافعي القديم ونقل عن أحمد فيمن حلف أيمانا كثيرة ، فإن أراد تأكيد اليمين فكفارة واحدة ، فمفهومه أنه إن نوى الاستئناف فكفارتان ، وبه قال الثوري والشافعي في الجديد وقال أصحاب الرأى إن كان في مجلس واحد فكفارة واحدة وإن كان في مجالس فكفارات وروى ذلك عن علي وعمرو بن دينار وقتادة لأنه قول يوجب تحريم الزوجة فإذا نوى الاستئناف تعلق بكل مرة حكم حالها كالطلاق .

ولنا أنه قول لم يؤثر تحريما في الزوجة فلم تجب به كفارة الظهار كاليمين بالله تعالى ولا يخفى أنه لم يؤثر تحريما فانها قد حرمت بالقول الأول ولم يزد تحريمها ، ولأنه لفظ يتعلق به كفارة فإذا كرره كفاه واحدة كاليمين بالله تعالى ، وأما الطلاق فما زاد على ثلاث لا يثبت له حكم بالإجماع وبهذا ينتقض ماذكروه وأما الثالثة فإنها تثبت تحريماً زائداً وهو التحريم قبل زوج وإصابة بخلاف الظهار الثاني فإنه لا يثبت به تحريم فنظيره ما زاد على الطلقة الثالثة لا يثبت له حكم فكذلك الظهار الثاني ، فأما إن كفر عن الأول ثم ظاهر لزمته للثاني كفارة بلا خلاف لأن الظهار الثاني مثل الأول فإنه حرم الزوجة المحلة فأوجب الكفاره كالأول بخلاف ما قبل التكفير .

( فصل ) والنية شرط فى صحة الكفار، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « إنما الأعمال بالنيات » ولأن العتق يقع متبرعا به وعن كفارة أخرى أو نذر فلم ينصرف إلى هذه الكفارة إلا بنية وصفتها أن ينوى العتق أو الصيام أو الإطعام عن الكفارة فإن زاد الواجبة كان تأكيداً وإلا أجزأت نيته الكفارة ، وإن نوى وجوبها ولم ينو الكفارة لم يجزئه لأن الوجوب يتنوع عن كفارة ونذر فوجب تمييزه وموضع النية مع التكفير أو قبله بيسير وهذا الذى نص عليه الشافعى ، وقال به بعض أصحابه ، وقال بعضهم لايجزىء حتى يستصحب النية وإن كانت الكفارة صياما اشترط نية الصيام عن الكفارة فى كل ليلة لقوله عليه السلام « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل » وإن اجتمعت عليه كفارات من جنس واحد لم يجب تعيين سببها وبهذا قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه مخالفا فعلى هذا لو كان مظاهراً من أربع نساء فأعتق عبداً عن ظهاره أجزأه عن إحداهن وحلت له واحدة غير معينة لأنه واجب من جنس واحد فأجزأته نية مطلقة كما لو كان عليه صوم يومين من رمضان وقياس المذهب أن يقرع بينهن فتخرج بالقرعة المحللة منهن وهذا قول أبى ثور ، وقال الشافعى له أن يصرفها إلى أيتهن شاء فتحل وهذا يفضى إلى أنه يتخير بين كون هذه المرأة محللة له أو محرمة عليه وإن كان الظهار من ثلاث نسوة فأعتق عبداً عن إحداهن ثم صام شهرين متتابعين عن أخرى ثم مرض فأطعم ستين مسكينا عن أخرى أجزأه وحل له الجميع من غير قرعة ولا تعيين وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى وقال أبو ثور يقرع بينهن فمن تقع لها القرعة فالعتق لها ثم يقرع بين الباقيتين فمن تقع لها القرعة فالصيام لها والاطعام عن الثالثة لأن كل واحدة من هذه الخصال لو انفردت احتاجت إلى قرعة فكذلك إذا اجتمعت .

ولنا : أن التكفير قد حصل عن الثلاث وزالت حرمة الظهار فلم يحتج إلى قرعة كما لو أعتق ثلاثة أعبد عن ظهارهن دفعة واحدة ، فأما إن كانت الكفارة من أجناس كظهار وقتل وجماع فى رمضان ويمين . فقال أبو الخطاب لايفتقر إلى تعيين السبب . وهذا مذهب الشافعى لأنها عبادة واجبة فلم تفتقر صحة أدائها إلى تعيين سببها كما لو كانت من جنس واحد ، وقال القاضى يحتمل أن يشترط تعيين سببها ولا تجزىء نية مطلقة وحكاه أصحاب الشافعى عن أحمد وهو مذهب أبى حنيفة

لأنهما عبادتان من جنسين فوجب تعيين النية لهما كما لو وجب عليه صوم من قضاء ونذر. فعلى هذا لو كانت عليه كفارة واحدة لا يعلم سببها فكفر كفارة واحدة أجزأه على الوجه الأول قاله أبو بكر ، وعلى الوجه الثاني ينبغي أن يلزمه التكفير بعدد أسباب الكفارات كل واحدة عن سبب، كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها فإنه يلزمه خمس صلوات ، ولو علم أن عليه صوم يوم لا يعلم أمن قضاء هو أو نذر لزمه صوم يومين، فإن كان عليه صوم ثلاثة أيام لا يدري أهي من كفارة يمين أو قضاء أو نذر ؟ لزمه صوم تسعة أيام كل ثلاثة عن واحدة من الجهات الثلاث .

( فصل ) وإذا كانت على رجل كفارتان فأعتق عنهما عبدين لم يخل من أربعة أحوال . أحدها : أن يقول أعتقت هذا عن هذه الكفارة وهذا عن هذه فيجزئه إجماعاً .

الثاني : أن يقول أعتقت هذا عن إحدى الكفارتين وهذا عن الأخرى من غير تعيين فينظر فإن كانا من جنس واحد ككفارتي ظهار أو كفارتي قتل أجزأه ، وإن كانتا من جنسين ككفارة ظهار وكفارة قتل خرج على الوجهين في اشتراط تعيين السبب إن قلنا يشترط لم يجزئه واحد منهما ، وإن قلنا لا يشترط أجزأه عنهما .

الثالث : أن يقول أعتقتهما عن الكفارتين فإن كانتا من جنس واحد أجزأ عنهما ويقع كل واحد عن كفارة ولأن عرف الشرع والاستعمال اعتاق الرقبة عن الكفارة . فإذا أطلق ذلك وجب حمله عليه وإن كانتا من جنسين خرج على الوجهين .

الرابع : أن يعتق كل واحد عنهما جميعاً فتكون معتقا عن كل واحدة من الكفارتين نصف العبدين فينبني ذلك على أصل آخر وهو إذا أعتق نصف رقبتين عن كفارة هل يجزئه أو لا ؟ فعلى قول الخرقي يجزئه لأن الأشقاص بمنزلة الأشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير ، بدليل الزكاة فإن من ملك نصف ثمانين شاة كان بمنزلة من ملك أربعين ولا تلزم الأضحية فإنه يمنع منه العيب اليسير

وقال أبو بكر وابن حامد لا يجزئه وهو قول مالك وأبي حنيفة لأن ما أمر بصرفه إلى شخص في الكفارة لم يجز تفريقه على اثنين كالمد في الإطعام ولأصحاب الشافعي

كهذين الوجهين ولهم وجه ثالث وهو أنه إن كان باقيهما حرا أجزأ وإلا فلا لأنه متى كان باقيهما حرا حصل تكميل الأحكام والتصرف ، وخرجه القاضي وجها لنا أيضاً إلا أن للمعترض عليه أن يقول إن تكميل الأحكام ما حصل بعتق هذا وإنما حصل بانضمامه إلى عتق النصف الآخر فلم يجزئه فإذا قلنا لايجزىء عتق النصفين لم يجزىء فى هذه المسألة عن شيء من الكفارتين ، وإن قلنا يجزىء وكانت الكفارتان من جنس أجزأ العتق عنهما وإن كانتا من جنسين فقد قيل يخرج على الوجهين . والصحيح أنه يجزىء وجها واحدا لأن عتق النصفين عنهما كعتق عبدين عنهما .

( فصل ) ولا يجوز تقديم كفارة الظهار قبله لأن الحكم لايجوز تقديمه على سببه فلو قال لعبده أنت حر الساعة عن ظهارى إن ظاهرت عتق ولم يجزئه عن ظهاره إن ظاهر لأنه قدم الكفارة على سببها المختص فلم يجز كما لو قدم كفارة اليمين عليها أو كفارة القتل على الجرح ، ولو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت على كظهر أمى لم يجز التكفير قبل دخول الدار لأنه تقديم للكفارة قبل الظهار فإن أعتق عبدا عن ظهاره ثم دخلت الدار عتق العبد وصار مظاهرا ولم يجزئه لأن الظهار معلق على شرط فلا يوجد قبل وجود شرطه ، وإن قال لعبده إن ظاهرت فأنت حر عن ظهارى ثم قال لامرأته أنت على كظهر أمى عتق العبد لوجود الشرط ، وهل يجزئه عن الظهار فيه وجهان .

أحدهما : يجزئه لأنه عتق بعد الظهار وقد نوى اعتاقه عن الكفارة .

والثانى : لا يجزئه لأن عتقه مستحق بسبب آخر وهو الشرط ، ولأن النية لم توجد عند العتق والنية عند التعليق لا تجزىء لأنه تقديم لها على سببها ، وإن قال لعبده إن ظاهرت فأنت حر عن ظهارى فالحكم فيه كذلك لأنه تعليق لعتقه على المظاهرة .

---

( تم الجزء السابع والحمد لله )

ويليه الثامن إن شاء الله

يظهر قريبا

# فتح البيان

## في مقاصد القرآن

للسيد الامام المجتهد المحقق الهمام المؤيد
من مولاه القدير البارى

صديق حسن خان
المتوفى سنة ١٣٠٧

---

( يصدر إن شاء الله فى عشرة أجزاء ويصدر
الجزء الأول فى اكتوبر سنة ١٩٦٥ إن شاء الله )

---

الناشر

عبد الحي علي محفوظ

مطبعة العاصمة • شارع الفلكي – القاهرة

# ﴿ فهرس الجزء السـابع من المغنى ﴾

( كتاب الوليمة )



( آداب الطعام )

## آداب الجماع



## ( كتاب الخلع )

## ( كتاب الطلاق )



## ( باب تصريح الطلاق وغيره )

( كتاب الظهار )



---

# فضيحة كبرى

لا ندرى من الذى كان يشرف على تصحيح الطبعة الثانية من المغنى ، فكل يوم نقف له على جهل جديد .

واليوم ضبطنا انه وضع فيه فى ( الجزء التاسع ص ١٣٣ ) « باب الحضانة » وهو من كتاب الشرح الكبير ونسى انه انما يطبع كتاب المغنى . وقد سبق وضع هذا الباب فى مكانه الطبيعى من المغنى ( ج ٧ ص ٢ ٦١١ طبعة ثانية )

الجزء الثامن من :

# المغني

أوسع ما ظهر فى الفقه الإسلامى مع الترجيح بين الاقوال بالدليل

## لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المتوفى سنة ٦٢٠ هـ

على مختصر أبى القاسم عمر بن حسين بن عبدالله بن أحمد الخرقى

بتصحيح الدكتور
محمد خليل هراس
المدرس بكلية أصول الدين

مطبعة الامام ١٢ شارع قرقول المنشية بالقلعة بمصر

بسم الله الرحمن الرحيم

# كتاب اللعان

قال رحمه الله تعالى : وهو مشتق من اللعن لأن كل واحد من الزوجين يلعن نفسه فى الخامسة ان كان كاذبا ، وقال القاضى سمى بذلك لأن الزوجين لا ينفكان من أن يكون أحدهما كاذبا فتحصل اللعنة عليه ، وهى الطرد والابعاد ، والأصل فيه قول الله تعالى ( والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم ) الآيات ، وروى سهل بن سعد الساعدى « أن عويمرا العجلانى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا فيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قد أنزل الله فيك وفى صاحبتك فاذهب فائت بها .

قال سهل : فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما فرغا قال عويمر : كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها ، فطلقها ثلاثا بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم (١) » متفق عليه ، وروى أبو داود بإسناده ، عن ابن عباس رضى الله عنهما قال « جاء هلال بن أمية وهو أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم فجاء من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلا فرأى بعينه وسمع بأذنيه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله انى جئت أهلى فوجدت عندهم رجلا فرأيت بعينى وسمعت بأذنى فكره رسول الله (ص) ماجاء به واشتد عليه فنزلت ( والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم ) الآيتين كلتيهما ، فسرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا .

قال هلال : قد كنت أرجو ذلك من ربى تبارك وتعالى . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أرسلوا اليها . فأرسلوا اليها . فتلاها عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا

---

(١) فى نسخه « قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم »

فقال هلال : والله لقد صدقت عليها ، فقالت كذب ، فقال رسول الله ( ص ) : لاعنوا بينهما ، فقيل لهلال : اشهد فشهد أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ، فلما كانت الخامسه قيل ياهلال اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه الموجبة التى توجب عليك العذاب ، فقال : والله لا يعذبنى الله عليها كما لم يجلدنى عليها فشهد الخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ، ثم قيل لها اشهدى فشهدت أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين فلما كانت الخامسه قيل لها اتقى الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وان هذه الموجبة التى توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا أفضح قومى فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى أن لا بيت لها عليه ولا قوت ، من أجل أنهما يتفرقان من غير طلاق ولا متوفى عنها . وقال ان جاءت به أصيهب أريصخ أثيبج حمش الساقين فهو لهلال ، وان جاءت به أورق جعداً جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذى رميت به ، فجاءت به أورق جعداً جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين ، فقال رسول الله ( ص ) : لولا الأيمان لكان لى ولها شأن » .

قال عكرمة : فكان بعد ذلك أميراً على مصر وما يدعى لأب ، ولان الزوج يبتلى بقذف امرأته لينفى العار والنسب الفاسد وتتعذر عليه البينه فجعل اللعان بينة له ، ولهذا لما نزلت آية اللعان قال النبى صلى الله عليه وسلم « أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا » .

« مسأله » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ واذا قذف الرجل زوجته البالغة الحرة المسلمة فقال لها زنيت أو يا زانية أو رأيتك تزنين ولم يأت بالبينة لزمه الحد ، إن لم يلتعن ، مسلما كان أو كافراً حراً كان أو عبداً ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصول :

أحدها : فى صفة الزوجين اللذين يصح اللعان بينهما ، وقد اختلفت الرواية فيهما فروى أنه يصح من كل زوجين مكلفين سواء كانا مسلمين أو كافرين أو عدلين أو فاسقين أو محدودين فى قذف أو كان أحدهما كذلك ، وبه قال سعيد

ابن المسيب وسليمان بن يسار والحسن وربيعة ومالك وإسحاق ، قال أحمد فى رواية ابن منصور : جميع الأزواج يلتعنون الحر من الحرة والأمة إذا كانت زوجة ، وكذلك العبد من الحرة والأمة إذا كانت زوجة ، وكذلك المسلم من اليهودية والنصرانية ، وعن أحمد رواية أخرى : لا يصح اللعان إلا من زوجين مسلمين عدلين حرين غير محدودين فى قذف ، وروى هذا عن الزهرى والثورى والأوزاعى وحماد وأصحاب الرأى ، وعن مكحول ليس بين المسلم والذمية لعان ؛ وعن عطاء والنخعى فى المحدود فى القذف يضرب الحد ولا يلاعن ، وروى فيه حديث لا يثبت ، كذلك قال الشافعى والساجى ، لأن اللعان شهادة بدليل قوله سبحانه ( ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ) فاستثنى أنفسهم من الشهداء : وقال تعالى (فشهادة أحدهم أربع شهادات ) فلا يقبل ممن ليس من أهل الشهادة ، وان كانت المرأة ممن لا يحد بقذفها لم يجب اللعان لأنه يراد لإسقاط الحد بدليل قوله تعالى ( ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله ) ولا حد ههنا فينتفى اللعان لانتفائه .

وذكر القاضى فى المجرد أن من لا يجب الحد بقذفها وهى الأمة والذمية ، والمحدودة فى الزنا لزوجها لعانها لنفى الولد خاصة وليس له لعانها لاسقاط القذف والتعزير لأن الحد لا يجب واللعان إنما يشرع لاسقاط حد أو نفى ولد فإذا لم يكن واحد منهما لم يشرع اللعان .

ولنا : عموم قوله تعالى ( والذين يرمون أزواجهم ) الآية ، ولأن اللعان يمين فلا يفتقر الى ما شرطوه كسائر الايمان . ودليل أنه يمين قوله صلى الله عليه وسلم « لولا الايمان لكان لى ولها شأن » وأنه يفتقر الى اسم الله تعالى ويستوى فيه الذكر والانثى .

وأما تسميته شهادة فلقوله فى يمينه « أشهد بالله » فسمى ذلك شهادة وان كان يمينا كما قال الله تعالى ( اذا جاءك المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله ) ولأن الزوج يحتاج الى نفى الولد فيشرع له طريقا الى نفيه كما لو كانت امرأته ممن يحد بقذفها ، وهذه الرواية هى المنصوصة عن أحمد فى رواية الجماعة ، وما يخالفها شاذ فى النقل .

وأما قول الخرقي : إذا قذف زوجته البالغة الحرة المسلمة ، فيحتمل أنه شرط هذا لوجوب الحد عليه لا لنفي اللعان . ويحتمل أن يكون هذا شرطاً عنده في المرأة لتكون ممن يجب عليه الحد بقذفها فينفيه باللعان ولا يشترط في الزوج شيء من ذلك لأن الحد يجب عليه بقذف المحصنة وان كان ذمياً أو فاسقا ، فأما قوله : مسلماً كان أو كافراً ، ففيه نظر لأنه أوجب عليه بقذف زوجته المسلمة ، والكافر لا يكون زوجا لمسلمة فيحتاج الى تأويل لفظه بحمله على أحد شيئين . أحدهما : أنه أراد أن الزوج يلاعن زوجته ، وان كان كافراً فرد ذلك الى اللعان لا الى الحد . الثاني : أنه أراد ما إذا أسلمت زوجته فقذفها في عدتها ثم أسلم الزوج فإنه يلاعن .

( فصل ) ولا فرق بين كون الزوجة مدخولا بها أو غير مدخول بها في أنه يلاعنها ، قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من علماء الامصار منهم عطاء والحسن والشعبي والنخعي وعمرو بن دينار وقتادة ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي بظاهر قول الله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) فإن كانت غير مدخول بها فلها نصف الصداق لانها فرقة منه ، كذلك قال الحسن وسعيد بن جبير وقتادة ومالك . وفيه رواية أخرى . لا صداق لها لأن الفرقة حصلت بلعانهما جميعا . فأشبه الفرقة لعيب في أحدهما .

( فصل ) فإن كان أحد الزوجين غير مكلف فلا لعان بينهما لانه قول تحصل به الفرقة ولا يصح من غير مكلف كالطلاق أو يمين فلا تصح من غير المكلف كسائر الايمان ، ولا يخلو غير المكلف من أن يكون الزوج أو الزوجة أو هما ، فإن كان الزوج فله حالان .

أحدهما : أن يكون طفلا . والثاني . أن يكون بالغا زائل العقل ، فإن كان طفلا لم يصح منه القذف ولا يلزمه به حد لان القلم مرفوع عنه ، وقوله غير معتبر وان أتت امرأته بولد نظرنا فإن كان لدون عشر سنين لم يلحقه الولد ويكون منفياً عنه لأن العلم يحيط به بأنه ليس منه ، فإن الله عز وجل لم يجر العادة بأن يولد له لدون ذلك فينتفي عنه كما لو أتت به المرأة لدون ستة أشهر منذ تزوجها .

*وان كان ابن عشر فصاعداً فقال أبو بكر لا يلحق به الا بعد البلوغ أيضا*

لأن الولد لا يخلق إلا من ماء الرجل والمرأة ولو أنزل لبلغ ، وقال ابن حامد يلحق به ، قال القاضي وهو ظاهر كلام أحمد ، وهذا مذهب الشافعي ، لأن الولد يلحق بالامكان ، وان خالف الظاهر ، ولهذا لو أتت بولد لستة أشهر من حين العقد لحق بالزوج ، وان كان خلاف الظاهر . وكذلك يلحق به إذا أتت به لأربع سنين مع غيبته ، وليس له نفيه في الحال حتى يتحقق بلوغه بأحد أسباب البلوغ فله نفي الولد واستلحاقه .

فإن قيل : فإذا ألحقتم به الولد فقد حكمتم ببلوغه فهلا سمعتم نفيه ولعانه ؟ قلنا إلحاق الولد يكفي فيه الامكان والبلوغ لا يثبت الا بسبب ظاهر ولأن إلحاق الولد به حق عليه واللعان حق له فلم يثبت مع الشك ، فإن قيل: فان لم يكن بالغا انتفى عنه الولد ، وان كان بالغا انتفى عنه اللعان ، قلنا : الا أنه لا يجوز أن يبتدىء اليمين مع الشك في صحتها فسقطت للشك فيها .

الثاني : إذا كان زائل العقل لجنون فلا حكم لقذفه لأن القلم عنه مرفوع أيضا وان أتت امرأته بولد فنسبه لاحق لامكانه ولا سبيل إلى نفيه مع زوال عقله فإذا عقل فله نفي الولد حينئذ واستلحاقه ، وإن ادعى أنه كان ذاهب العقل حين قذفه وأنكرت ذلك ولأحدهما بينة بما قال ثبت قوله ، وان لم يكن لواحد منهما بينة ولم يكن له حالة علم فيها زوال عقله فالقول قولها مع يمينها لان الاصل والظاهر الصحة والسلامة ، وإن عرفت له حالة جنون ولم تعرف له حالة إفاقة فالقول قوله مع يمينه ، وان عرفت له حالة جنون وحالة إفاقة ففيه وجهان .

أحدهما القول قولها . قال القاضي هذا قياس قول أصحابنا في الملفوف اذا ضربه فقده ثم ادعى أنه كان ميتا ، وقال الولي كان حيا .

والوجه الثاني : أن القول قوله لأن الأصل براءة ذمته من الحد فلا يجب بالشك ، ولان الحد يسقط بالشبهة : ولا يشبه هذا الملفوف لان الملفوف قد علم أنه كان حيا ، ولم يعلم منه ضد ذلك ، فنظيره في مسألتنا أنه يعرف له حالة افاقة ولا يعلم منه ضدها ، وفي مسألتنا قد تقدم له حالة جنون فيجوز أن تكون قد استمرت الى حين قذفه ؛ وأما ان كانت الزوجة غير مكلفة فقذفها الزوج نظرنا فإن كانت طفلة لا يجامع مثلها فلا حد على قاذفها لانه قول يتيقن كذبه فيه وبراءة

عرضها منه فلم يجب به حد كما لو قال أهل الدنيا مزناة ولكنه يعزر للسب لا للقذف فلا يحتاج فى التعزير إلى مطالبة لأنه مشروع لتأديبه وللإمام فعله إذا رأى ذلك فإن كانت يجامع مثلها كابنة تسع سنين فعليه الحد وليس لوليها ولا لها المطالبة به حتى تبلغ فإذا بلغت فطالبت فلها الحد وله إسقاطه باللعان وليس له لعانها قبل البلوغ لأن اللعان يراد لإسقاط الحد أو نفى الولد ولا حد عليه قبل بلوغها ولا ولد فينفيه ، فإن أتت بولد حكم ببلوغها لأن الحمل أحد أسباب البلوغ ولأنه لا يكون إلا من نطفتها فمن ضرورته انزالها وهو من أسباب بلوغها ، وان قذف امرأته المجنونة بزنا أضافه الى حال افاقتها أو قذفها وهى عاقلة ثم جنت لم يكن لها المطالبة ولا لوليها قبل افاقتها لأن هذا طريقه التشفى فلا ينوب عنه الولى فيه كالقصاص فإذا أفاقت فلها المطالبة بالحد وللزوج اسقاطه باللعان فإن أراد لعانها فى حال جنونها ولا ولد ينفيه لم يكن له ذلك لعدم الحاجة اليه لأنه لم يتوجه عليه حد فيسقطه ولا نسب فينفيه ، وان كان هناك ولد يريد نفيه فالذى يقتضيه المذهب أنه لا يلاعن ويلحقه الولد لأن الولد انما ينتفى باللعان من الزوجين وهذه لا يصح منها لعان . وقد نص أحمد فى الخرساء أن زوجها لا يلاعن فهذه أولى .

وقال الخرقى فى العاقلة لا يعرض له حتى تطالبه زوجته ، وهذا قول أصحاب الرأى لأنها أحد الزوجين فلم يشرع اللعان مع جنونه كالزوج ولأن لعان الزوج وحده لا ينتفى به الولد فلا فائدة فى مشروعيته .

وقال القاضى : له أن يلاعن لنفى الولد لأنه محتاج الى نفيه فشرع له طريق الى نفيه ، وقال الشافعى : له أن يلاعن وظاهر مذهبه أن له لعانها مع عدم الولد لدخوله فى عموم قوله تعالى ( والذين يرمون أزواجهم ) ولانه زوج مكلف قاذف لامرأته التى يولد لمثلها فكان له أن يلاعنها كما لو كانت عاقله .

( فصل ) فأما الأخرس والخرساء فإن كانا غير معلومى الاشارة والكتابة فهما كالمجنونين فيما ذكرناه لأنه لا يتصور منهما لعان ولا يعلم من الزوج قذف ولا من المرأة مطالبة ، وان كانا معلومى الاشارة والكتابة فقد قال أحمد اذا كانت المرأة خرساء لم تلاعن لأنه لا تعلم مطالبتها ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد وأبى عبيد وأصحاب الرأى ، وكذلك ينبغى أن يكون فى الأخرس وذلك لأن

اللعان لفظ يفتقر الى الشهادة فلم يصح من الاخرس كالشهادة الحقيقية ، ولأن الحد يدرأ بالشبهات والشهادة لنسبه صريحة كالنطق فلا يخلو من احتمال وتردد فلا يجب الحد بها كما لا يجب على أجنبي بشهادته .

وقال القاضي وأبو الخطاب هو كالناطق في قذفه ولعانه ، وهو مذهب الشافعي لأنه يصح طلاقه فصح قذفه ولعانه كالناطق ، ويفارق الشهادة لأنه يمكن حصولها من غـــيره فلم تدع الحاجة الى الأخرس ، وفي اللعان لا يحصل إلا منه فدعت الحاجة الى قبوله منه كالطلاق والأول أحسن ، لأن موجب القذف وجوب الحد وهو يدرأ بالشهادة ، ومقصود اللعان الأصلي نفي النسب وهو يثبت بالامكان مع ظهور انتفائه فلا ينبغي أن يشرع ما ينفيه ، ولا ما يوجب الحد مع الشبهة العظيمة ولذلك لم تقبل شهادته ، وقولهم : ان الشهادة تحصل من غيره . قلنا : قد لا تحصل إلا منه لاختصاصه برؤية المشهود له أو إسماعه اياه .

## فصل

فإن قذف الأخرس أو لاعن ثم تكلم فأنكر القذف واللعان لم يقبل انكاره للقذف ، لانه قد تعلق به حق لغيره بحكم الظاهر فلا يقبل انكاره له ويقبل انكاره اللعان فيما عليه فيطالب بالحد ويلحقه النسب ولا تعود الزوجية ، فإن قال : أنا ألاعن للحد ونفي النسب كان له ذلك لانه انما لزمه باقراره أنه لم يلاعن فإذا أراد أن يلاعن كان له ذلك .

( فصل ) فإن قذفها وهو ناطق ثم خرس وأيس من نطقه فحكمه حكم الاصلي وان رجي عود نطقه وزوال خرسه انتظر به ذلك ويرجع في معرفة ذلك الى قول عدلين من أطباء المسلمين ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وذكر بعضهم أنه يلاعن في الحالين بالاشارة لان أمامة بنت أبي العاص أصمتت فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا ؟ فأشارت أن نعم فرأوا أنها وصية، وهذا لا حجة فيه لانه لم يذكر من الراوي لذلك ولم يعلم أنه قول من قوله حجة ولا علم هل كان ذلك لخرس يرجى زواله أو لا ؟ وقال أبو الخطاب : فيمن اعتقل لسانه وأيس من نطقه هل يصح لعانه بالاشارة ؟ على وجهين :

( فصل ) وكل موضع لا لعان فيه فالنسب لاحق فيه ويجب بالقذف موجبه من الحد والتعزير إلا أن يكون القاذف صبيا أو مجنونا فلا ضرب فيه ولا لعان كذلك قال الثوري ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأى وابن المنذر وقال ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم .

الفصل الثاني : أنه لا لعان بين غير الزوجين فإذا قذف أجنبية محصنة حد ولم يلاعن ، وان لم تكن محصنة عزر ولا لعان أيضاً ولا خلاف فى هذا ، وذلك لأن الله تعالى قال ( والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ) ثم خص الزوجات من عموم هذه الآية بقوله ( والذين يرمون أزواجهم ) ففيما عداهن يبقى على قضية العموم ، وان ملك أمة ثم قذفها فلا لعان سواء كانت فراشا له أو لم تكن ولا حد عليه بقذفها ويعزر فإن أتت بولد نظرنا فإن لم يعترف بوطئها لم يلحقه نسبه ولم يحتج الى نفيه . وان اعترف بوطئها صارت فراشا له واذا أتت بولد لمدة الحمل من يوم الوطء لحقه . وبهذا قال مالك والشافعي . وقال الثوري وأبو حنيفة لا تصير فراشا له حتى يقر بولدها فإذا أقر به صارت فراشا له ولحقه أولادها بعد ذلك لأنها لو صارت فراشا بالوطء لصارت فراشا بإباحته كالزوجة .

ولنا أن سعداً نازع عبد بن زمعة فى ابن وليدة زمعة فقال هو أخى وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر » متفق عليه .

وروى ابن عمر عن عمر رضى الله عنه قال : ما بال رجال يطئون ولائدهم ثم يعزلونهن لاتأتيني وليدة يعترف سيدها أنه ألم بها إلا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا ولان الوطء يتعلق به تحريم المصاهرة فإذا كان مشروعا صارت به المرأة فراشا كالنكاح ولان المرأة إنما سميت فراشا تجوزاً اما لمضاجعته لها على الفراش وإما لكونها تحته فى حال المجامعة وكلا الامرين يحصل فى الجماع وقياسهم الوطء على الملك لا يصح ، لان الملك لايتعلق به تحريم المصاهرة ولايحصل منه الولد بدون الوطء ويفارق النكاح فإنه لايراد للوطء ويتعلق به تحريم المصاهرة ولا ينعقد فى محل يحرم الوطء فيه كالمجوسية والوثنية وذوات محارمه .

اذا ثبت هذا : فإن أراد نفي ولد أمته التي يلحقه ولدها فطريقه أن يدعي أنه استبرأها بعد وطئه لها بحيضة فينتفي بذلك، وان ادعى أنه كان يعزل عنها لم ينتف عنه بذلك لما روى جابر قال : جاء رجل من الانصار الى رسول الله (ص) فقال ان لي جارية وأنا أطوف عليها وانا أكره أن تحمل فقال « اعزل عنها ان شئت فانه سيأتيها ما قدر لها » قال : فلبث الرجل ثم أتاه فقال ان الجارية قد حملت قال « قد أخبرتك أنه سيأتيها ما قدر لها » رواه أبو داود .

وروى عن أبي سعيد أنه قال : كنت أعزل عن جاريتي فولدت أحب الخلق الي ـ يعني ابنه ـ ولحديث عمر الذي ذكرناه ولأنه حكم تعلق بالوطء فلم يعتبر معه الانزال كسائر الاحكام، وقد قيل انه ينزل من الماء مالا يحس به وان أقر بالوطء دون الفرج أو في الدبر لم تصر بذلك فراشا لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص ولانه ينتفي عنه الولد بدعوى الاستبراء اذا أتت به بعد الاستبراء بمدة الحمل فههنا أولى .

وروى عن أحمد أنها تصير فراشا لأنه قد يجامع فيسبق الماء الى الفرج، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين واذا ادعى الاستبراء قبل قوله بغير يمين في أحد الوجهين لان من قبل قوله في الاستبراء قبل بغير يمين كالمرأة تدعي انقضاء عدتها وفي الآخر يستحلف، وهو مذهب الشافعي لعموم قوله عليه السلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » ولان الاستبراء غير مختص به فلم يقبل قوله فيه بغير يمين كسائر الحقوق بخلاف العدة ومتى لم يدع الاستبراء لحقه ولدها ولم ينتف عنه؛ وقال الشافعي في أحد قوليه له نفيه باللعان لانه لم يرض به فأشبه ولد المرأة .

ولنا قوله تعالى ( والذين يرمون أزواجهم ) فخص بذلك الازواج ولأنه ولد يلحقه نسبه من غير الزوجة فلم يملك نفيه باللعان كما لو وطيء أجنبية بشبهة فألحقت القافة ولدها به ولأن له طريقا الى نفي الولد بغير اللعان فلم يحتج الى نفيه باللعان فلا يشرع ولانه اذا وطيء أمته ولم يستبرئها فأتت بولد احتمل أن يكون منه فلم يجز له نفيه لكون النسب يلحق بالامكان فكيف مع ظهور وجود سببه ؟ ولو ادعى الاستبراء فأتت بولدين فاقر بأحدهما ونفى الآخر لحقاه معا لأنه لا يمكن

جعل أحدهما منه والآخر من غيره وهما حمل واحد ولا يجوز نفي الولد المقر به عنه مع اقراره به فوجب إلحاقهما به معاً ، وكذلك ان أتت أمته التي لم يعترف بوطئها بتوأمين فاعترف بأحدهما ونفي الاخر .

( فصل ) واذا نكح امرأة نكاحا فاسداً ثم قذفها وبينهما ولد يريد نفيه فله أن يلاعن لنفيه ولا حد عليه ، وان لم يكن بينهما ولد حد ولا لعان بينهما ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة . يلحقه الولد وليس له نفيه ولا اللعان لانها أجنبية فأشبهت سائر الاجنبيات أو اذا لم يكن بينهما ولد .

ولنا أن هذا ولد يلحقه بحكم عقد النكاح فكان له نفيه كما لو كان النكاح صحيحا ويفارق اذا لم يكن ولد فإنه لا حاجة الى القذف لكونها أجنبية ويفارق سائر الاجنبيات لانه لا يلحقه ولدهن فلا حاجة به الى قذفهن ويفارق الزوجة فإنه يحتاج الى قذفها مع عدم الولد لكونها خانته وغاظته وأفسدت فراشه فإذا كان له منها ولد فالحاجة موجودة فيهما واذا لاعن سقط الحد لأنه لعان مشروع لنفي الحد فأسقط الحد كاللعان في النكاح الصحيح وهل يثبت التحريم المؤبد ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يثبته لانه لعان صحيح أشبه لعان الزوجة .

والثاني : لا يثبته لأن الفرقة لم تحصل به فإنه لا نكاح بينهما تحصل قطعه به بخلاف لعان الزوجة فإن الفرقة حصلت به ولو لاعنها من غير ولد لم يسقط الحد ولم يثبت التحريم المؤبد لانه لعان فاسد فلم تثبت أحكامه وسواء اعتقد أن النكاح صحيح أو لم يعتقد ذلك لأن النكاح في نفسه ليس بنكاح صحيح فأشبه ما لو لاعن أجنبية يظنها زوجته .

( فصل ) فلو أبان زوجته ثم قذفها بزنا أضافه الى حال الزوجية فهي كالمسألة قبلها ان كان بينهما ولد يريد نفيه فله أن ينفيه باللعان وإلا حد ولم يلاعن ، وبهذا قال مالك والشافعي .

وقال أبو حنيفة : يحد ويلحقه الولد ولا يلاعن ، وهو قول عطاء ووجه المذهبين ما تقدم في التي قبلها . وقال عثمان البتي : له أن يلاعن ، وان لم يكن بينهما ولد ، وروى عن ابن عباس والحسن : انه يلاعنها لأنه قذف مضاف الى حال الزوجية أشبه ما لو كانت زوجته .

ولنا : انه اذا كان بينهما ولد فيه حاجة الى القذف فشرع كما لو قذفها وهى زوجته ، واذا لم يكن له ولد فلا حاجة به اليه ، وقد قذفها وهى أجنبية فأشبه مالو لم يضفه إلى حال الزوجية ، ومتى لاعنها لنفي ولدها انتفى وسقط عنه الحد ، وفى ثبوت التحريم المؤبد وجهان وهل له أن يلاعنها قبل وضع الولد ؟ فيه وجهان .

أحدهما له ذلك ، لأن من كان له لعانها بعد الوضع كان له لعانها قبله كالزوجة

والثانى ليس له ذلك ، وهو ظاهر قول الخرقى ، لأن الولد عنده لا ينتفى فى حال الحمل ، ولأن اللعان إنما يثبت ههنا لاجل الولد فلم يجز أن يلاعن إلا بعد تحققه بوضعه بخلاف الزوجه ، فإنه يجوز لعانها مع عدم الولد ، وهكذا الحكم فى نفى الحمل فى النكاح الفاسد .

( فصـل ) إذا اشترى زوجته الأمة ثم أقر بوطئها ثم أتت بولد لستة أشهر كان لاحقاً به ولم ينتف عنه إلا بدعوى الاستبراء ، لأنه ملحق به بالوطء فى الملك دون النكاح لكون الملك حاضراً فصار كالزوج الثانى يلحق به الولد ، وإن أمكن أن يكون من الأول ، وإن لم يكن أقر بوطئها أو أقر به فأتت بولد لدون ستة أشهر منذ وطىء كان ملحقا بالنكاح إن أمكن ذلك وله نفيه باللعان ، وهل يثبت هذا اللعان التحريم المؤبد ؟ على وجهين :

( فصـــل ) إذا قذف مطلقته الرجعية فله لعانها ، سواء كان بينهما ولد أو لم يكن . قال أبو طالب . سألت أبا عبد الله عن الرجل يطلق تطليقة أو تطليقتين ثم يقذفها قال . قال ابن عباس : لا يلاعن ويجلد ، وقال ابن عمر : يلاعن مادامت فى العدة قال وقول ابن عمر أجود لأنها زوجته وهو يرثها وترثه فهو يلاعن ، وبهذا قال جابر بن زيد والنخعى والزهرى وقتادة والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وروى ذلك عن ابن عمر لأن الرجعية زوجة فكان له لعانها كما لو لم يطلقها .

( فصـل ) وإن قذف زوجته ثم أبانها فله لعانها . نص عليه أحمد ، سواء كان له ولد أو لم يكن . وروى ذلك عن ابن عباس : وبه قال الحسن والقاسم بن محمد ومكحول ومالك والشافعى وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر . وقال الحارث

العكلي وجابر بن زيد وقتادة والحكم: يجلد . وقال حماد بن أبي سليمان وأصحاب الرأي: لا حد ولا لعان؛ لأن اللعان انما يكون بين الزوجين وليس هذان بزوجين؛ ولا يحد لأنه لم يقذف أجنبية .

ولنا قول الله تعالى ( والذين يرمون أزواجهم ) وهذا قد رمى زوجته فيدخل في عموم الآية ، واذا لم يلاعن وجب الحد بعموم قوله (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ) ولأنه قاذف لزوجته فوجب أن يكون له أن يلاعن كما لو كانا على النكاح الى حالة اللعان .

( فصل ) وان قالت قذفني قبل أن يتزوجني وقال بل بعده ، أو قالت قذفني بعد ما بنت منه وقال بل قبله فالقول قوله ، لأن القول قوله في أصل القذف فكذلك في وقته . وان قالت أجنبية قذفني ، فقال: كنت زوجتي حينئذ فأنكرت الزوجية فالقول قولها لان الاصل عدمها .

( فصل ) ولو قذف أجنبية ثم تزوجها فعليه الحد ولا يلاعن . لانه وجب في حال كونها أجنبية فلم يملك اللعان من أجله كما لو لم يتزوجها ، وان قذفها بعد تزوجها بزنا أضافه الى ما قبل النكاح حد ولم يلاعن ، سواء كان ثم ولد أو لم يكن وهو قول مالك وأبي ثور ، وروى ذلك عن سعيد بن المسيب والشعبي ، وقال الحسن وزرارة بن أبي أوفى وأصحاب الرأي : له أن يلاعن لأنه قذف امرأته فيدخل في عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) ولانه قذف امرأته فأشبه ما لو قذفها ولم يضفه الى ما قبل النكاح .

وحكى الشريف أبو جعفر عن أحمد رواية أخرى كذلك . وقال الشافعي : ان لم يكن ثم ولد لم يلاعن وان كان بينهما ولد ففيه وجهان :

ولنا أنه قذفها قذفا مضافا الى حال البينونة ، أشبه ما لو قذفها وهي بائن ، وفارق قذف الزوجة لانه محتاج اليه لانها غاظته وخانته : وان كان بينهما ولد فهو محتاج الى نفيه ، وههنا اذا تزوجها وهو يعلم زناها فهو المفرط في نكاح حامل من الزنا فلا يشرع له طريق الى نفيه .

( فصل ) ولو قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً يا زانية ، فنقل مهنا قال : سألت

أحمد عن رجل قال لامرأته أنت طالق يا زانية ثلاثا فقال : يلاعن ؛ قلت . انهم يقولون يحد ولا يلزمها الا واحدة ، قال : بئس ما يقولون فهذا يلاعن لأنه قذفها قبل الحكم ببينوتها فأشبه قذف الرجعية .

وأما فى المسألة الاولى . فإن كان بينهما ولد فإنه يلاعن لنفيه والا حد ولم يلاعن لأنه يتعين إضافة القذف الى حال الزوجية لاستحالة الزنا منها بعد طلاقه لها فصار كأنه قال لها بعد إبانتها : زنيت إذ كنت زوجتى على ما قررناه .

الفصل الثالث : ان كل قذف للزوجة يجب به اللعان سواء قال لها زنيت أو رأيتك تزنين ســـواء كان القاذف أعمى أو بصيراً ، نص عليه أحمد ، وبهذا قال الثورى والشافعى وأبو عبيد وأبو ثور ، وهو قول عطاء ، وقال يحى الأنصارى وأبو الزناد ومالك : لا يكون اللعان الا بأحد أمرين : اما رؤية ، واما إنكار للحمل ، لان آية اللعان نزلت فى هلال بن أمية وكان قال : رأيت بعينى وسمعت بأذنى فلا يثبت اللعان الا فى مثله .

ولنا قول الله تعالى ( والذين يرمون أزوجهم ) الآية ؛ وهذا رام لزوجته فيدخل فى عموم الاية ؛ ولأن اللعان معنى يتخلص به من موجب القذف فيشرع فى حق كل رام لزوجته كالبينة والأخذ بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب ثم لم يعملوا به فى قوله ، وسمعت بأذنى وسواء قذفها بزنا فى القبل أو فى الدبر ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا يثبت اللعان بالقذف بالوطء فى الدبر وبناه على أصله فى أن ذلك لا يجب به الحد .

ولنا أنه رام لزوجته بوطء فى فرجها فأشبه ما لو قذفها بالوط فى قبلها ، وأما ان قذفها بالوطء دون الفرج أو بشيء من الفواحش غير الزنا فلا حد عليه ولا لعان لأنه قذفها بما لا يجب به الحد فلم يثبت به الحد واللعان كما لو قذفها بضرب الناس وأذاهم .

الفصل الرابع : أنه إذا قذف زوجته المحصنة وجب عليه الحد وحكم بفسقه ورد شهادته الا أن يأتى ببينة أو يلاعن فإن لم يأت بأربعة شهداء أو امتنع من اللعان لزمه ذلك كله ، وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة : يجب اللعان دون الحد فإن أبى حبس حتى يلاعن لان الله تعالى قال ( والذين يرمون أزواجهم

ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات ) الآيات ، فلم يوجب بقذف الأزواج إلا اللعان .

ولنا قول الله تعالى ( والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون ) وهذا عام فى الزوج وغيره ، وإنما خص الزوج بأن أقام لعانه مقام الشهادة فى نفى الحد والفسق ورد الشهادة عنه . وأيضاً قول النبي (ص) « البينة وإلا حد فى ظهرك » وقوله لما لاعن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، ولأنه قاذف يلزمه الحد لو أكذب نفسه فلزمه إذ لم يأت بالبينة المشروعة كالأجنبي .

فأما إن قذف غيرها كالكتابيه والأمة والمجنونة والطفلة فإنه يجب عليه التعزير بذلك لأنه أدخل عليهن المعرة بالقذف ولا يحد لهن حداً كاملا لنقصانهن بذلك ، ولا يتعلق به فسق ولا رد شهادة لأنه لا يوجب الحد .

قال القاضي : وليس له إسقاط هذا التعزير باللعان ، لأن اللعان إما لنفى النسب أو لدرء الحد وليس ههنا واحد منهما . وقال الشافعي له إسقاطه باللعان لأنه اذا ملك اسقاط الحد الكامل باللعان فإسقاط ما دونه أولى ؛ وللقاضي أن يقول لا يلزم من مشروعيته لدفع الحد الذي يعظم ضرره مشروعيته لدفع مايقل ضرره ، كما لو قذف طفلة لا يتصور وطؤها ، فإنه يعزر تعزير السب والأذى ، وليس له اسقاطه باللعان كذا ههنا . وأما ان كان لأحدهؤلاء ولد يريد نفيه فقال القاضي له أن يلاعن لنفيه ، وهذا قول الشافعي وهو ظاهر كلام أحمد فى الأمة والكتابية سواء كان لهما ولد أو لم يكن ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى .

« مسألة » قال ﴿ ولا يعرض له حتى تطالبه زوجته ﴾

يعني لا يتعرض له بإقامة الحد عليه ولا طلب اللعان منه حتى تطالبه زوجته بذلك ، فإن ذلك حق لها فلا يقام من غير طلبها كسائر حقوقها ، وليس لوليها المطالبة عنها ان كانت مجنونة أو محجوراً عليها ، ولا لولى الصغيرة وسيد الأمة المطالبة بالتعزير من أجلها ؛ لأن هذا حق ثبت للتشفى فلا يقوم الغير فيه مقام

المستحق كالقصاص ، فإن أراد الزوج اللعان من غير مطالبة نظرنا فإن لم يكن هناك نسب يريد نفيه لم يكن له أن يلاعن ، وكذلك كل موضع سقط فيه الحد ، مثل أن أقام البينة بزناها أو أبرأته من قذفها أو حد لها ثم أراد لعانها ولا نسب هناك ينفى فإنه لا يشرع اللعان ؛ وهذا قول أكثر أهل العلم ، ولا نعلم فيه مخالفاً الا بعض أصحاب الشافعي قالوا له الملاعنة لإزالة الفراش ، والصحيح عندهم مثل قول الجماعة لان إزالة الفراش ممكنه بالطلاق ، والتحريم المؤبد ليس بمقصود بشرع اللعان من أجله ، وانما حصل ذلك ضمنا .

فأما ان كان هناك ولد يريد نفيه فقال القاضي : له أن يلاعن لنفيه ، وهذا مذهب الشافعي ، لان هلال بن أمية لما قذف امرأته وأتى النبي ( ص ) فأخبره أرسل اليها فلاعن بينهما ولم تكن طالبته ، ولأنه محتاج الى نفيه فشرع له طريق اليه ، كما لو طالبته ، ولان نفي النسب الباطل حق له فلا يسقط برضاها به ، كما لو طالبت باللعان ورضيت بالولد . ويحتمل أن لا يشرع اللعان ههنا كما لو قذفها فصدقته وهو قول أصحاب الرأي لانه أحد موجبي القذف فلا يشرع مع عدم المطالبة كالحد .

( فصـــل ) واذا قذفها ثم مات قبل لعانهما أو قبل اتمام لعانه سقط اللعان ولحقه الولد وورثته في قول الجميع ، لان اللعان لم يوجد فلم يثبت حكمه ، وان مات بعد أن أكمل لعانه وقبل لعانها فكذلك ، وقال الشافعي : تبين بلعانه ويسقط التوارث وينتفي الولد ويلزمها الحد الا أن تلتعن .

ولنا أنه مات قبل اكمال اللعان ، أشبه ما لو مات قبل اكمال التعانه ، وذلك لان الشرع انما رتب هذه الاحكام على اللعان التام ، والحكم لا يثبت قبل كمال سببه وان ماتت المرأة قبل اللعان فقد ماتت على الزوجية ويرثها في قول عامة أهل العلم وروى عن ابن عباس : ان التعن لم يرث ، ونحو ذلك عن الشعبي وعكرمة ، لان اللعان يوجب فرقة تبين بها فيمنع التوارث ، كما لو التعن في حياتها .

ولنا أنها ماتت على الزوجية فورثها كما لو لم يلتعن ولان اللعان سبب الفرقة فلم يثبت حكمه بعد موتها كالطلاق ، وفارق اللعان في الحياة فإنه يقطع الزوجية، على

أننا قد ذكرنا أنه لو لاعنها ولم تلتعن هي لم تنقطع الزوجية أيضا فههنا أولى ، فإن قيل : أليس قد قلتم لو التعن من الولد الميت ونفاه لم يرثه فكذلك الزوجة ؟ قلنا لو التعن الزوج وحده دونها لم ينتف الولد ولم يثبت حكم اللعان على ما ذكرنا ، ثم الفرق بينهما أنه إذا نفى الولد تبينا أنه لم يكن منه أصلا فى حال من الأحوال ، والزوجة قد كانت امرأته فيما قبل اللعان ، وإنما يزيل نكاحها اللعان كما يزيله الطلاق ، وإذا ماتت قبله فقد ماتت قبل وجود ما يزيله فيكون موجوداً حال الموت فيوجب التوارث وينقطع بالموتِ فلا يمكن انقطاعه مرة أخرى ، وإن أراد الزوج اللعان ولم تكن طالبت بالحد فى حياتها لم يكن له أن يلتعن ، سواء كان ثم ولد يريد نفيه أو لم يكن .

وقال الشافعى : إن كان ثم ولد يريد نفيه فله أن يلتعن ، وهذا ينبنى على أصل وهو أن اللعان إنما يكون بين الزوجين ، فإن لعان الرجل وحده لا يثبت به حكم وعندهم بخلاف ذلك . فأما ان كانت طالبت بالحد فى حياتها فإن أولياءها يقومون فى الطلب به مقامها ، فإن طولب به فله إسقاطه باللعان . ذكره القاضى وإلا فلا لأنه لا حاجة اليه مع عدم الطلب فإنه لا حد عليه ؛ وقال أصحاب الشافعى : ان كان للمرأة وارث غير الزوج فله اللعان ليسقط الحد عن نفسه والا فلا لعدم الحاجة اليه .

( فصل ) واذا مات المقذوف قبل المطالبة بالحد سقط ولم يكن لورثته الطلب به ، وقال أصحاب الشافعى يورث وان لم يكن طالب به لقول النبى ( ص ) « من ترك حقا فلورثته » ، ولأنه حق ثبت له فى الحياة يورث اذا طالب به فيورث وان لم يطالب به كحق القصاص .

ولنا أنه حد تعتبر فيه المطالبه فإذا لم يوجد الطلب من المالك لم يجب ، كحد القطع فى السرقة ، والحديث يدل على أن الحق المتروك يورث وهذا ليس بمتروك . وأما حق القصاص فإنه حق يجوز الاعتياض عنه وينتقل الى المال بخلاف ما نحن فيه ، فأما ان طالب به ثم مات فإنه ترثه العصبات من النسب دون غيرهم لانه حق يثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح ، وهذا أحد الوجوه لاصحاب الشافعى ؛ ومتى ثبت للعصبات فلهم استيفاؤه وان طلب أحدهم وحده فله استيفاؤه

وإن عفى بعضهم لم يسقط وكان للباقين استيفاؤه ، ولو بقي واحد كان له استيفاء جميعه لأنه حق يراد للردع والزجر فلم يتبعض كسائر الحدود ولا يسقط بإسقاط البعض لأنه يراد لدفع العار عن المقذوف ، وكل واحد من العصبات يقوم مقامه في استيفائه فيثبت له جميعه كولاية النكاح ويفارق حق القصاص ، لان ذلك يفوت إلى بدل ، ولو أسقطناه ههنا لسقط حق غير العافي إلى غير بدل ، فعلى هذا لو قذف امرأته فماتت بعد المطالبة ولها أحد من عصباتها غيره فله استيفاؤه ، وان كان زوجها عصبتها وليس لها أحد سواه سقط ، وان كان لها من عصبتها غيره فله الطلب به ولا يسقط بما ذكرنا من أنه يكمل لكل واحد بخلاف القصاص .

( فصل ) وإذا قذف امرأته وله بينة تشهد بزناها فهو مخير بين لعانها وبين اقامة البينة لانهما بينتان فكانت له الخيرة في اقامة أيتهما شاء ، كمن له بدين شاهدان وشاهد وامرأتان ، ولان كل واحدة منهما يحصل بها مالا يحصل بالاخرى ، فإنه يحصل باللعان نفي النسب الباطل ولا يحصل ذلك بالبينة ، ويحصل بالبينة ثبوت زناها واقامة الحد عليها ولا يحصل باللعان ، فإن لاعنها ونفى ولدها ثم أراد اقامة البينة فله ذلك ، فإذا أقامها ثبت موجب اللعان وموجب البينة ، وان أقام البينه أولا ثبت الزنا وموجبه ولم ينتف عنه الولد فإنه لايلزم من الزنا كون الولد منه ، وان أراد لعانها بعد ذلك وليس بينهما ولد يريد نفيه لم يكن له ذلك لان الحد قد انتفى عنه بإقامة البينة فلا حاجة اليه ، وان كان بينهما ولد يريد نفيه فعلى قول القاضي له أن يلاعن ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى .

( فصل ) وان قذفها فطالبته بالحد فأقام شاهدين على اقرارها بالزنا سقط عنه الحد لانه ثبت تصديقها اياه ولم يجب عليها الحد ؛ لان الحد لا يجب الا بالاقرار أربع مرات ويسقط بالرجوع عن الاقرار ، وهل يثبت الاقرار بالزنا بشاهدين ؟ قال ابو بكر : فيه قولان ، أحدهما : يثبت بشاهدين كسائر الاقارير واختاره . والثاني لا يثبت لانه لا يثبت به المقر به فلا يثبت به الاقرار به كرجل وامرأتين وان لم تكن له بينة حاضرة ، فقال لي بينة غائبة أقيمها على الزنا ، أمهل اليومين والثلاثة لان ذلك قريب ، فإن أتى بالبينة والا حد الا أن يلاعن اذا كان زوجها فإن قال قذفتها وهي صغيرة فقالت قذفني وأنا كبيرة وأقام كل واحد منهما بينة بما

قال فهما قذفان ، وكذلك ان اختلفا فى الكفر والرق أو الوقت لانه لا تنافى بينهما الا ان يكونا مؤرخين تاريخا واحداً فيسقطان فى أحد الوجهين وفى الآخر يقرع بينهما فمن خرجت قرعته قدمت بينته .

( فصل ) فإن شهد شاهدان انه قذف فلانة وقذفنا لم تقبل شهادتهما لاعترافهما بعداوته لهما وشهادة العدو لا تقبل على عدوه ، فإن أبرآه وزالت العداوة ثم شهدا عليه بذلك القذف لم تقبل لانها ردت للتهمة فلم تقبل بعد كالفاسق اذا شهد فردت شهادته لفسقه ثم تاب وأعادها ، ولو انهما ادعيا عليه انه قذفهما ثم أبرآه وزالت العداوة ثم شهدا عليه بقذف زوجته قبلت شهادتهما لانهما لم يردا فى هذه الشهادة ولو شهدا انه قذف امرأته ثم ادعيا بعد ذلك انه قذفهما ، فإن اضافا دعواهما الى ما قبل شهادتهما بطلت شهادتهما لاعترافهما انه كان عدواً لهما حين شهدا عليه ، وان لم يضيفاها الى ذلك الوقت وكان ذلك قبل الحكم بشهادتهما لم يحكم بها لأنه لا يحكم عليه بشهادة عدوين ، وان كانا بعد الحكم لم يبطل لان الحكم تم قبل وجود المانع كظهور الفسق ، وان شهدا انه قذف امرأته وأمنا لم تقبل شهادتهما لأنها ردت فى البعض للتهمة فوجب ان ترد للكل ، وان شهدا على أبيهما انه قذف ضرة أمهما قبلت شهادتهما ، وبهذا قال مالك وابو حنيفة والشافعى فى الجديد . وقال فى القديم : لا تقبل لانهما يجران الى أمهما نفعا ، وهو انه يلاعنها فتبين ويتوفر على أمهما ، وليس بشىء لان لعانه لها ينبنى على معرفته بزناها لا على الشهادة عليه بمالا يعترف به ، وان شهدا بطلاق الضرة ففيه وجهان :

أحدهما لا تقبل لانهما يجران الى أمهما نفعا وهو توفيره على أمهما .

والثانى تقبل لانهما لا يجران الى انفسهما نفعا .

( فصل )

ولو شهد شاهد انه اقر بالعربية انه قذفها ، وشهد آخر انه اقر بذلك بالعجمية تمت الشهادة . لأن الاختلاف فى العربية والعجمية عائد الى الاقرار دون القذف ، ويجوز ان يكون القذف واحدا والاقرار به فى مرتين ، وكذلك لو شهد أحدهما انه اقر يوم الخميس بقذفها ، وشهد آخر انه اقر بذلك يوم الجمعة تمت الشهادة لما ذكرناه .

وإن شهد أحدهما أنه قذفها بالعربية وشهد الآخر أنه قذفها بالعجمية أو شهد أحدهما أنه قذفها يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعه أو شهد أحدهما أنه أقر أنه قذفها بالعربية أو بالعجمية أو شهد أحدهما أنه أقر أنه قذفها بالعربية أو يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر أنه قذفها بالعجمية أو يوم الجمعة أو يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة ففيه وجهان .

أحدهما : تكمل الشهادة ، وهو قول أبي بكر ومذهب أبي حنيفة لان الوقت ليس ذكره شرطا فى الشهادة بالقذف ، وكذلك اللسان فلم يؤثر الاختلاف كما لو شهد أحدهما أنه أقر بقذفها يوم الخميس بالعربية وشهد الآخر أنه أقر بقذفها يوم الجمعة بالعجمية .

والآخر : لا تكمل الشهادة ، وهو مذهب الشافعي ، لأنهما قذفان لم تتم الشهادة على واحد منهما فلم تثبت كما لو شهد أحدهما أنه تزوجها يوم الخميس وشهد الاخر أنه تزوجها يوم الجمعة وفارق الاقرار بالقذف فإنه يجوز أن يكون المقر به واحداً أقر به فى وقتين بلسانين .

« مسألة » قال ( فمتى تلاعنا وفرق الحاكم بينهما لم يجتمعا أبداً )

فى هذه المسألة مسألتان . إحداهما : أن الفرقة بين المتلاعنين لا تحصل إلا بلعانهما جميعاً وهل يعتبر تفريق الحاكم بينهما ؟ فيه روايتان :

إحداهما : انه معتبر فلا تحصل الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وهو ظاهر كلام الخرقي : وقول اصحاب الرأى لقول ابن عباس فى حديثه ففرق رسول الله (ص) بينهما وهذا يقتضى أن الفرقة لم تحصل قبله ، وفى حديث عويمر قال : كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله ( ص ) وهذا يقتضى إمكان إمساكها وأنه وقع طلاقه ، ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك لما وقع طلاقه ولا أمكنه امساكها ، ولأن سبب هذه الفرقة يقف على الحاكم فالفرقة المتعلقة به لم تقع الا بحكم الحاكم كفرقة العنة .

والرواية الثانية : تحصل الفرقة بمجرد لعانهما وهى اختيار أبي بكر ، وقول مالك وأبي عبيد عنه وأبي ثور وداود وزفر وابن المنذر . وروى ذلك عن

ابن عباس ، لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال « المتلاعنان يفرق بينهما ولا يجتمعان أبداً » رواه سعيد ولأنه معنى يقتضى التحريم المؤبد فلم يقف على حكم الحاكم كالرضاع ولأن الفرقة لو لم تحصل إلا بتفريق الحاكم لساغ ترك التفريق إذا كرهاه كالتفريق للعيب والاعسار ولوجب أن الحاكم إذا لم يفرق بينهما أن يبقى النكاح مستمراً ، وقول النبي (ص) « لا سبيل لك عليها » يدل على هذا وتفريقه بينهما بمعنى إعلامه لهما بحصول الفرقة ، وعلى كلتا الروايتين لا تحصل الفرقة قبل تمام اللعان منهما .

وقال الشافعي رحمه الله تعالى : تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده وان لم تلتعن المرأة لأنها فرقة حاصلة بالقول فتحصل بقول الزوج وحده كالطلاق ولا نعلم أحداً وافق الشافعي على هذا القول ، وحكى عن البتى أنه لا يتعلق باللعان فرقة لما روى « أن العجلاني لما لاعن امرأته طلقها ثلاثاً فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم » ولو وقعت الفرقة لما نفذ طلاقه وكلا القولين لا يصح لأن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين، رواه عبدالله بن عمر وسهل بن سعد وأخرجهما مسلم، وقال سهل فكانت سنة لمن كان بعدهما أن يفرق بين المتلاعنين : وقال عمر « المتلاعنان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً » .

وأما القول الاخر . فلا يصح لأن الشرع إنما ورد بالتفريق بين المتلاعنين ولا يكونان متلاعنين بلعان أحدهما ، وإنما فرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما بعد تمام اللعان منهما فالقول بوقوع الفرقة قبله تحكم يخالف مدلول السنة وفعل النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأن لفظ اللعان لا يقتضى فرقة فانه إما أيمان على زناها أو شهادة بذلك ، ولولا ورود الشرع بالتفريق بينهما لم يحصل التفريق ، وانما ورد الشرع به بعد لعانهما فلا يجوز تعليقه على بعضه كما لم يجز تعليقه على بعض لعان الزوج ولانه فسخ ثبت بأيمان مختلفين فلم يثبت بيمين أحدهما كالفسخ لتحالف المتبايعين عند الاختلاف ، ويبطل ما ذكره بالفسخ بالعيب أو العتق ، وقول الزوج اختارى وامرك بيدك أو وهبتك لاهلك أو لنفسك وأشباه ذلك كثير ، إذا ثبت هذا ، فإن قلنا ان الفرقة تحصل بلعانهما فلا تحصل إلا بعد إكمال اللعان منهما وإن قلنا لا تحصل إلا بتفريق الحاكم لم يجز له أن يفرق بينهما إلا بعد كمال لعانهما

فإن فرق قبل ذلك كان تفريقه باطلا وجوده كعدمه ، وبهذا قال مالك ، وقال الشافعي لا تقع الفرقه حتى يكمل الزوج لعانه .

وقال أبو حنيفه ومحمد بن الحسن . إذا فرق بينهما بعد أن لاعن كل واحد منهما ثلاث مرات أخطأ السنـــة والفرقة جائزة ، وان فرق بينهما بأقل من ثلاث فالفرقة باطلة لأن من أتى بالثلاث فقد أتى بالأكثر فيتعلق الحكم به

ولنا أنه تفريق قبل تمام اللعان فلم يصح كما لو فرق بينهما لأقل من ثلاث أو قبل لعان المرأة ولأنها أيمان مشروعة لا يجوز الحاكم الحكم قبلها بالاجماع فإذا حكم لم يصح حكمه كأيمان المختلفين فى البيع وكما قبل الثلاث ولأن الشرع إنما ورد بالتفرق بعد كمال السبب فلم يجز قبله كسائر الأسباب وما ذكروه تحكم لا دليل عليه ولا أصل له ثم يبطل بما إذا شهد بالدين رجل وامرأة واحدة أو بمن توجهت عليه اليمين إذا أتى بأكثر حروفها وبالمسابقة إذا قال من سبق الى خمس إصابات فسبق إلى ثلاثة وبسائر الأسباب .

فأما إذا تم اللعان فللحاكم أن يفرق بينهما من غير استئذانهما ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين الملاعنين ولم يستأذنهما ، وروى مالك عن نافع عن ابن عمر أن رجلا لاعن امرأته فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق رسول الله (ص) بينهما فألحق الولد بالمرأة ، وروى سفيان عن الزهرى عن سهل بن سعد قال : شهدت رسول الله (ص) فرق بين المتلاعنين أخرجهما سعيد ، ومتى قلنا ان الفرقة لا تحصل الا بتفريق الحاكم فلم يفرق بينهما فالنكاح باق بحاله لان ما يبطل النكاح لم يوجد فأشبه ما لو لم يلاعن .

( فصـــل )

وفرقة اللعان فسخ : وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة هي طلاق لأنها فرقة من جهة الزوج تختص النكاح فكانت طلاقا كالفرقة بقوله أنت طالق .

ولنا أنها فرقة توجب تحريما مؤبداً فكانت فسخا كفرقة الرضاع ، ولأن اللعان ليس بصريح فى الطلاق ولا نوى به الطلاق فلم يكن طلاقا كسائر ما ينفسخ به النكاح ولانه لو كان طلاقا لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة

( فصل ) وذكر بعض أهل العلم أن الفرقة إنما حصلت باللعان لان لعنة الله

وغضبه قد وقع بأحدهما لتلاعنهما فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال عند الخامسة « إنها الموجبة » أي إنها توجب لعنة الله وغضبه ولا نعلم من هو منهما يقينا ففرقنا بينهما خشية أن يكون هو الملعون فيعلو إمرأة غير ملعونة، وهذا لا يجوز كما لا يجوز أن يعلو المسلمة كافر، ويمكن أن يقال على هذا لو كان هذا الاحتمال مانعا من دوام نكاحهما لمنعه من نكاح غيرها، فإن هذا الاحتمال متحقق فيه، ويحتمل أن يكون الموجب للفرقة وقوع اللعنة، والغضب بأحدهما غير معين فيفضي إلى علو ملعون لغير ملعونة أو الى إمساكه لملعونة مغضوب عليها.

ويحتمل أن سبب الفرقة النفرة الحاصلة من إساءة كل واحد منهما الى صاحبه فإن الرجل ان كان صادقا فقد أشاع فاحشتها وفضحها على رءوس الاشهاد وأقامها مقام خزي وحقق عليها اللعنة والغضب وقطع نسب ولدها، وان كان كاذبا فقد أضاف الى ذلك بهتها وقذفها بهذه الفرية العظيمة، والمرأة إن كانت صادقة فقد أكذبته على رءوس الاشهاد وأوجبت عليه لعنة الله وان كانت كاذبة فقد أفسدت فراشه وخانته في نفسها وألزمته العار والفضيحة وأحوجته الى هذا المقام المخزي فحصل لكل واحد منهما نفرة من صاحبه لما حصل اليه من اساءته لا يكاد يلتئم لهما معها حال فاقتضت حكمة الشارع انحتام الفرقة بينهما وإزالة الصحبة المتمحضة مفسدة، ولأنه إن كان كاذبا عليها فلا ينبغي أن يسلط على إمساكها مع ماصنع من القبيح اليها، وان كان صادقا فلا ينبغي أن يمسكها مع علمه بحالها، ولهذا قال العجلاني كذبت عليها ان أمسكتها.

المسألة الثانية : أنها تحرم عليه باللعان تحريما مؤبداً فلا تحل له، وان أكذب نفسه في ظاهر المذهب، ولا خلاف بين أهل العلم في أنه إذا لم يكذب نفسه لا تحل له الا أن يكون قولا شاذاً، وأما اذا أكذب نفسه فالذي رواه الجماعة عن أحمد أنها لا تحل له أيضا، وجاءت الأخبار عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن مسعود رضي الله عنهم أن المتلاعنين لا يجتمعان أبداً، وبه قال الحسن وعطاء وجابر بن زيد والنخعي والزهري والحكم ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأبو يوسف.

وعن أحمد رواية أخرى : إن أكذب نفسه حلت له وعاد فراشه بحاله ، وهى رواية شاذة شذ بها حنبل عن أصحابه .

قال أبو بكر : لا نعلم أحداً رواها غيره . وينبغى أن تحمل هذه الرواية على ما اذا لم يفرق بينهما الحاكم . فأما مع تفريق الحاكم بينهما فلا وجه لبقاء النكاح بحاله ، وقد ذكرنا أن مذهب البتى ان اللعان لا يتعلق به فرقة . وعن سعيد بن المسيب : إن أكذب نفسه فهو خاطب من الخطاب ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن لأن فرقة اللعان عندهما طلاق . وقال سعيد بن جبير : إن أكذب نفسه ردت إليه ما دامت فى العدة .

ولنا ما روى سهل بن سعد قال « مضت السنة فى المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً » رواه الجوزجانى فى كتابه بإسناده . وروى مثل هذا عن الزهرى ومالك ، ولأنه تحريم لا يرتفع قبل الحد والتكذيب فلم يرتفع بهما كتحريم الرضاع .

( فصل ) فإن كانت أمة فاشتراها ملاعنها لم تحل له لأن تحريمها تحريم مؤبد فحرمت به على مشتريها كالرضاع ، ولأن المطلق ثلاثا إذا اشترى مطلقته لا تحل له قبل زوج وإصابة فههنا أولى . لأن هذا التحريم مؤبد وتحريم الطلاق ليس بمؤبد ولأن تحريم الطلاق يختص النكاح وهذا لا يختص به ، وهذا مذهب الشافعى

« مسألة » قال ( فإن أكذب نفسه فلها عليه الحد )

وجملة ذلك ان الرجل إذا قذف امرأته ثم أكذب نفسه فلها عليه الحد ، سواء أكذبها قبل لعانها أو بعده ، وهذا قول الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى ولا نعلم لهم مخالفا ، وذلك لأن اللعان أقيم مقام البينة فى حق الزوج ، فاذا أكذب نفسه بان ان لعانها كذب وزيادة فى هتكها وتكرار لقذفها . فلا أقل من ان يجب الحد الذى كان واجبا بالقذف المجرد ، فان عاد عن اكذاب نفسه وقال لى بينة أقيمها بزناها أو أراد اسقاط الحد عنه باللعان لم يسمع منه لأن البينة واللعان لتحقيق ما قاله ، وقد أقر بكذب نفسه فلا يسمع منه خلافه : وهذا فيما اذا كانت المقذوفة محصنة ، فان كانت غير محصنة فعليه التعزير .

( فصل ) ويلحقه نسب الولد ، سواء كان الولد حياً أو ميتا ، غنيا كان أو فقيرا وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال الثوري اذا استلحق الولد الميت نظرنا فان كان ذا مال لم يلحقه لأنه انما يدعي مالا ، وان لم يكن ذا مال لحقه ، وقال أصحاب الرأي . ان كان الولد الميت ترك ولدا ثبت نسبه من المستلحق وتبعه نسب ابنه ، وان لم يكن ترك ولدا لم يصح استلحاقه ولم يثبت نسبه ولا يرث منه المدعي شيئا لأن نسبه منقطع بالموت فلم يصح استلحاقه ، فاذا كان له ولد كان مستلحقا لولده وتبعه نسب الميت .

ولنا أن هذا ولد نفاه باللعان فكان له استلحاقه كما لو كان حيا أو كان له ولد ولأن ولد الولد يتبع نسب الولد ، وقد جعل ابو حنيفة نسب الولد تابعا لنسب ابنه لجعل الأصل تابعا للفرع وذلك باطل .

فأما قول الثوري انه انما يدعي مالا قلنا ، انما يدعي النسب والميراث والمال تبع له . فان قيل فهو متهم في ان غرضه حصول الميراث ، قلنا ان النسب لا تمنع التهمة لحوقه بدليل انه لو كان له أخ يعاديه فأقر بابن لزمه وسقط ميراث أخيه ، ولو كان الابن حيا وهو غني والأب فقير فاستلحقه فهو متهم في ايجاب نفقته على ابنه ويقبل قوله فكذلك ههنا ، ثم كان ينبغي ان يثبت النسب ههنا لأنه حق للولد ولا تهمة فيه ولا يثبت الميراث المختص بالتهمة ، ولا يلزم من انقطاع التبع انقطاع الاصل .

قال القاضي ويتعلق باللعان أربعة أحكام : حقان عليه وجوب الحد ولحوق النسب ، وحقان له الفرقة والتحريم المؤبد ، فاذا أكذب نفسه قبل قوله فيما عليه فلزمه الحد والنسب فلم يقبل فيما له . فلم تزل الفرقة ولا التحريم المؤبد

( فصل ) فان لم يكذب نفسه ولكن لم يكن له بينة ولا لاعن أقيم عليه الحد ، فان أقيم عليه بعضه فبذل اللعان وقال أنا الاعن قُبل منه ، لأن اللعان يسقط جميع الحد فيسقط بعضه كالبينه : فان ادعت زوجته انه قذفها بالزنا فأنكر فأقامت عليه بينة انه قذفها بالزنا فقال صدقت البينة وليس ذلك قذفا ، لان القذف الرمي بالزنا كذبا وانا صادق فيما رميتها به لم يكن ذلك اكذابا لنفسه لانه مصر على رميها بالزنا وله اسقاط الحد باللعان ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كمذهبنا .

فان قال ما زنت ولا رميتها بالزنا ، فقامت البينة عليه بقذفها ازمه الحد ولم تسمع بينته ولا لعانه ، نص عليه احمد ، لأن قوله ما زنت تكذيب للبينة واللعان فلا تثبت له حجة قد أكذبها، وجرى هذا مجرى قوله فى الوديعة اذا ادعيت عليه فقال ما أودعتنى فقامت عليه البينة بالوديعة فادعى الرد أو التلف لم يقبل ، ولو أجاب بأنه ماله عندى شىء ولا يستحق على شيئا ، فقامت عليه البينة . فادعى الرد أو التلف قبل منه .

« مسألة » قال ( وإن قذفها وانتفى من ولدها وتم اللعان بينهما بتفريق الحاكم نفى عنه إذا ذكره فى اللعان )

وجملة ذلك ان الزوج إذا ولدت امرأته ولدا يمكن كونه منه فهو ولده فى الحكم ، لقول النبى ( ص ) « الولد للفراش » ولا ينتفى عنه الا ان ينفيه باللعان التام الذى اجتمعت شروطه وهى اربعة :

أحدها ان يوجد اللعان منهما جميعا، وهذا قول عامة اهل العلم . وقال الشافعى . ينتفى بلعان الزوج وحده ، لأن نفى الولد انما كان بيمينه والتعانه لا بيمين المرأة على تكذيبه ، ولا معنى ليمين المرأة فى نفى النسب وهى تثبته وتكذب قول من ينفيه ، وانما لعانها لدرء الحد عنها ، كما قال الله تعالى ( ويدرأ عنها العذاب ان تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين )

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم انما نفى الولد عنه بعد تلاعنهما فلا يجوز النفى ببعضه كبعض لعان الزوج . والثانى ان تكمل ألفاظ اللعان منهما جميعا .

الشرط الثالث : ان يبدأ بلعان الزوج قبل المرأة فان بدأ بلعان المرأة لم يعتد به وبه قال ابو ثور وابن المنذر .

وقال مالك وأصحاب الرأى . ان فعل اخطأ السنة والفرقة جائزة وينتفى الولد عنه ، لأن الله تعالى عطف لعانها على لعانه بالواو ، وهى لا تقتضى ترتيبا ، ولان اللعان قد وجد منهما جميعا فأشبه ما لو رتبت ، وعند الشافعى لا يتم اللعان الا بالترتيب الا انه يكفى عنده لعان الرجل وحده لنفى الولد ، وذلك حاصل مع اخلاله بالترتيب وعدم كمال ألفاظ اللعان من المرأة .

ولنا انه أتى باللعان على غير ما ورد به القرآن والسنة فلم يصح، كما لو اقتصر على لفظة واحدة، ولأن لعان الرجل بينته لإثبات زناها ونفى ولدها، ولعان المرأة للإنكار فقدمت بينة الإثبات كتقديم الشهود على الأيمان، ولأن لعان المرأة لدرء العذاب عنها ولا يتوجه عليها ذلك إلا بلعان الرجل، فاذا قدمت لعانها على لعانه فقد قدمته على وقته فلم يصح كما لو قدمته على القذف.

الشرط الرابع: ان يذكر نفي الولد فى اللعان، فاذا لم يذكر لم ينتف إلا أن يعيد اللعان ويذكر نفيه: وهـذا ظاهر كلام الخرقى واختيار القاضى ومذهب الشافعى. وقال أبو بكر لا يحتاج الى ذكر الولد ونفيه وينتفى بزوال الفراش. ولأن حديث سهل بن سعد الذى وصف فيه اللعان لم يذكر فيه الولد وقال فيه: ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى ان لا يدعى ولدها لأب ولا يرمى ولدها. رواه ابو داود. وفى حديث رواه مسلم عن عبد الله ان رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، ففرق النبى صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بأمه.

ولنا ان من سقط حقه باللعان كان ذكره شرطا كالمرأة، ولأن غاية مافى اللعان ان يثبت زناها وذلك لا يوجب نفي الولد كما لو أقرت به او قامت به بينة فأما حديث سهل بن سعد فقد روى فيه وكانت حاملا، فأنكر حملها من رواية البخارى. وروى ابن عمر أن رجلا لاعن امرأته فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة. والزيادة من الثقة مقبولة. فعلى هذا لابد من ذكر الولد فى كل لفظة ومع اللعن فى الخامسة لأنها من لفظات اللعان

وذكر الخرقى شرطا خامسا وهو تفريق الحاكم بينهما، وهذا على الرواية التى تشترط تفريق الحاكم لوقوع الفرقة. فأما على الرواية الأخرى فلا يشترط تفريق الحاكم لنفي الولد، كما لا يشترط لدرء الحد عنه ولا لفسخ النكاح. وشرط أيضا شرطا سادسا وهو أن يكون قد قذفها وهذا شرط اللعان فانه لا يكون الا بعد القذف، وسنذكره ان شاء الله تعالى.

(فصل) وأن ولدت امرأته توأمين ، وهو أن يكون بينهما دون ستة أشهر فاستلحق أحدهما ونفى الآخر لحقا به ، لأن الحمل الواحد لا يجوز أن يكون بعضه منه وبعضه من غيره . فاذا ثبت نسب أحدهما منه ثبت نسب الآخر ضرورة ، فجعلنا ما نفاه تابعا لما استلحقه ، ولم نجعل ما أقر به تابعا لما نفاه . لأن النسب يحتاط لإثباته لا لنفيه ، ولهذا لو أتت امرأته بولد يمكن كونه منه ويمكن ان يكون من غيره ألحقناه به احتياطا ولم نقطعه عنه احتياطا لنفيه ، فان كان قد قذف أمها فطالبته بالحد فله إسقاطه باللعان . وحكى عن القاضى انه يحد ولا يملك اسقاطه باللعان وهو مذهب الشافعى لانه باستلحاقه اعترف بكذبه فى قذفه فلم يسمع انكاره بعد ذلك .

ووجه الاول انه لا يلزم من كون الولد منه انتفاء الزنا عنها كما لا يلزم من وجود الزنا منها كون الولد منه ، ولذلك لو أقرت بالزنا أو قامت به بينة لم ينتف الولد عنه فلا تنافى بين لعانه وبين استلحاقه للولد : وإن استلحق أحد التوأمين وسكت عن الآخر لحقه لانه لو نفاه للحقه ، فإذا سكت عنه كان أولى ، ولان امرأته متى أتت بولد لحقه ما لم ينفه عنه باللعان ، وان نفى أحدهما وسكت عن الآخر لحقاه جميعا ، فان قيل ألا نفيتم المسكوت عنه لانه قد نفى أخاه وهما حمل واحد ؟ قلنا لحوق النسب مبنى على التغليب وهو يثبت بمجرد الإمكان ، وان كان لم يثبت الوطء ولا ينتفى الإمكان للنفى فافترقا ، فان أتت بولد فنفاه ولاعن لنفيه ثم ولدت آخر لأقل من ستة أشهر لم ينتفى الثانى باللعان الاول ، لان اللعان تناول الاول وحده ويحتاج فى نفى الثانى الى لعان ثان . ويحتمل انه ينتفى بنفيه من غير حاجة الى لعان ثان لانهما حمل واحد وقد لاعن لنفيه مرة فلا يحتاج الى لعان ثان . ذكره القاضى ، فان أقر بالثانى لحقه هو والاول لما ذكرناه ، وإن سكت عن نفيه لحقاه ايضا . فأما ان نفى الولد باللعان ثم أتت بولد آخر بعد ستة أشهر فهذا من حمل آخر فانه لا يجوز أن يكون بين ولدين من حمل واحد مدة الحمل ، ولو أمكن لم تكن هذه مدة حمل كامل ، فان نفى هذا الولد باللعان انتفى ولا ينتفى بغير اللعان لانه حمل منفرد ، وان استلحقه أو ترك نفيه لحقه وان كانت قد بانت باللعان لأنه يمكن أن يكون قد وطئها بعد وضع الاول ، وان لاعنها قبل وضع الاول فأتت بولد

ثم ولدت آخر بعد ستة أشهر لم يلحقه الثانى لأنها بانت باللعان وانقضت عدتها بوضع الأول وكان حملها الثانى بعد انقضاء عدتها فى غير نكاح فلم يحتج الى نفيه .

( فصل ) وإن مات أحد التوأمين أو ماتا معا فله أن يلاعن لنفى نسبهما ، وبهذا قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة يلزمه نسب الحى ولا يلاعن الا لنفى الحد لان الميت لا يصح نفيه باللعان فإن نسبه قد انقطع بموته فلا حاجه الى نفيه باللعان كما لو ماتت إمرأته فانه لا يلاعنها بعد موتها لقطع النكاح لكونه قد انقطع واذا لم ينتف الميت لم ينتف الحى لأنهما حمل واحد .

ولنا أن الميت ينسب اليه فيقال ابن فلان ويلزمه تجهيزه وتكفينه فكان له نفى نسبه وإسقاط مؤنته كالحى وكما لو كان للميت ولد .

« مسألة » قال ( وان أكذب نفسه بعد ذلك لحقه الولد )

وجملة ذلك : أن الرجل إذا لاعن إمرأته ونفى ولدها ثم أكذب نفسه لحقه الولد إذا كان حيا بغير خلاف بين أهل العلم وان كان ميتا لحقه نسبه أيضا فى قول أكثر أهل العلم سواء كان له ولد أو لم يكن وسواء خلف مالا أو لم يخلف وذلك لأن النسب حق للولد فاذا أقر به لزمه وسواء تقدم إنكاره له أو لم يكن ولأن سبب نفيه عنه نفيه له فاذا أكذب نفسه فقد زال سبب النفى وبطل فوجب أن يلحقه نسبه بحكم النكاح الموجب للحوق نسبه به .

( فصل ) والقذف على ثلاثة أضرب . واجب : وهو ان يرى امرأته تزنى فى طهر لم يطأها فيه فانه يلزمه اعتزالها حتى تنقضى عدتها فاذا اتت بولد لستة اشهر من حين الزنا وامكنه نفيه عنه لزمه قذفها ونفى ولدها لأن ذلك يجرى مجرى اليقين فى ان الولد من الزانى فاذا لم ينفه لحقه الولد وورثه وورث اقاربه وورثوا منه ونظر الى بناته واخواته وليس ذلك بجائز فيجب نفيه لإزالة ذلك ولو اقرت بالزنا ووقع فى قلبه صدقها فهو كما لو رآها .

الثانى : ان يراها تزنى او يثبت عنده زناها وليس ثم ولد يلحقه نسبه او ثم ولد لكن لا يعلم انه من الزنا او يخبره بزناها ثقة يصدقه او يشيع فى الناس ان فلانا يفجر بفلانة ويشاهده عندها او داخلا اليها او خارجا من عندها او يغلب

على ظنه فجورها فهذا له قذفها لأنه روى عن عبد الله أن رجلا أتى النبي (ص) فقال : أرأيت رجلا وجد مع إمرأته رجلا فتكلم جلدتموه ، أو قتل قتلتموه ، أو سكت سكت على غيظ ، فذكر أنه يتكلم أو يسكت ولم ينكر عليه النبي (ص) ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر على هلال والعجلاني قذفهما حين رأيا وان سكت جاز وهو أحسن لأنه يمكنه فراقها بطلاقها ويكون فيه سترها وستر نفسه وليس ثم ولد يحتاج الى نفيه .

الحال الثالث : محرم وهو ماعدا ذلك من قذف أزواجه والأجانب فإنه من الكبائر قال الله تعالى ( ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم ) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شيء ولن يدخلها الله جنته ، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه وفضحه على رءوس الأولين والآخرين » رواه أبو داود .

قوله « وهو ينظر اليه » يعنى يراه منه فكما حرم على المرأة أن تدخل على قوم من ليس منهم حرم على الرجل جحد ولده ولا يجوز قذفها بخبر من لا يوثق بخبره لأنه غير مأمون على الكذب عليها ولا برؤيته رجلا خارجا من عندها من غير أن يستفيض زناها لأنه يجوز أن يكون دخل سارقا أو هاربا أو لحاجة أو لغرض فاسد فلم يمكنه ولا لاستفاضة ذلك فى الناس من غير قرينة تدل على صدقهم لاحتمال أن يكون أعداؤها أشاعوا ذلك عنها ، وفيه وجه آخر أنه يجوز لأن الاستفاضة أقوى من خبر الثقة ولا بمخالفة الولد لون والديه او شبههما ولا لشبهه بغير والديه لما روى ابو هريرة قال . جاء رجل من بنى فزارة الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان امرأتى جاءت بولد اسود ، يعرض بنفيه فقال له النبي (ص) « هل لك من ابل ؟ » قال نعم قال « فما ألوانها ؟ » قال حمر قال « هل فيها من أورق ؟ » قال ان فيها أورقا قال « فأنى أتاها ذلك ؟ » قال عسى أن يكون نزعه عرق قال « فهذا عسى أن يكون نزعه عرق » قال ولم يرخص له فى الانتفاء منه ، متفق عليه ولأن الناس كلهم من آدم وحواء وألوانهم وخلقهم مختلفة فلولا

مخالفتهم شبه والديهم لكانوا على خلقة واحدة ولأن دلالة الشبه ضعيفة ودلالة ولادته على الفراش قوية فلا يجوز ترك القوى لمعارضة الضعيف ولذلك لما تنازع سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة فى ابن وليدة زمعة ورأى النبي صلى الله عليه وسلم فيه شبها بينا بعتبة ألحق الولد بالفراش وترك الشبه، وهذا اختيار أبي عبد الله ابن حامد وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي .

وذكر القاضي وأبو الخطاب أن ظاهر كلام أحمد جواز نفيه وهو الوجه الثانى لأصحاب الشافعي لقول النبي (ص) فى حديث اللعان « ان جاءت به أورق جعداً جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذى رميت به » فأتت به على النعت المكروه فقال النبي (ص) « لولا الإيمان لكان لى ولها شأن » فجعل الشبه دليلا على نفيه عنه والصحيح الاول ؛ وهذا الحديث إنما يدل على نفيه عنه مع ما تقدم من لعانه ونفيه اياه عن نفسه فجعل الشبه مرجحا لقوله ودليلا على تصديقه، وما تقدم من الاحاديث يدل على عدم استقلال الشبه بالنفى ، ولان هذا كان فى موضع زال الفراش وانقطع نسب الولد عن صاحبه فلا يثبت مع بقاء الفراش المقتضى لحوق نسب الولد بصاحبه وان كان يعزل عن امرأته فأتت بولد لم يبح له نفيه لما ذكرنا من حديث جابر وأبي سعيد .

وعن أبي سعيد أنه قال يارسول الله إنا نصيب من النساء ونحب الاثمان افنعزل عنهن ؟ قال « ان الله إذا قضى خلق نسمة خلقها » ولأنه قد يسبق من الماء مالا يحس به فتعلق .

وأما ان كان لا يطؤها إلا دون الفرج أو فى الدبر فأتت بولد فذكر أصحابنا أنه ليس له نفيه لانه لا يأمن أن يسبق الماء الى الفرج فيعلق به وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وهو بعيد لأنه من أحكام الوطء فى الفرج فلا يتعلق بما دونه كسائر الاحكام ودلالة عدم الوطء فى الفرج على انتفاء الولد أشد من دلالة مخالفة الولد لون والديه .

فأما ان وجد أحد هذه الوجوه التى ذكرنا مع الزنا ، ويحتمل كونه منه أو من الزانى مثل ان زنت فى طهر أصابها فيه أو زنت فلم يعتزلها ولكنه كان يعزل عنها أو كان لا يطؤها الا دون الفرج أو كان الولد شبيها بالزانى دونه لزمه نفيه

لأن هذا مع الزنا يوجب نسبته الى الزانى بدليل أن النبي (ص) حكم بولد إمرأة هلال لشريك بن سحماء بشبهه له مع لعان هلال لها وقذفه اياها، وأما إذا أتت زوجته بولد فشك فيه من غير معرفته لزناها فلا يحل له قذفها ولا لعانها لما تقدم من حديث الفزارى، كذلك ان عرف زناها ولم يعلم أن الولد من الزانى ولا وجد دليل عليه فليس له نفيه لأن الولد للفراش وللعاهر الحجر.

(فصل) فإن أكرهت زوجته على الزنا فى طهر لم يصبها فيه فأتت بولد يمكن أن يكون من الواطىء فهو منه وليس للزوج قذفها بالزنا لأن هذا ليس بزنا منها وقياس المذهب أنه ليس له نفيه ويلحقه النسب لأن نفي الولد لا يكون الا باللعان ومن شرط اللعان القذف ولأن اللعان لا يتم الا بلعان المرأة ولا يصح اللعان من المرأة ههنا لأنها لا تكذب الزوج فى إكراهها على ذلك. وهذا قول أصحاب الرأى

وذكر بعض أصحابنا فى ذلك روايتين. إحداهما: له نفيه باللعان لأنه محتاج الى نفيه فكان له نفيه كما لو زنت مطاوعة، وهذا مذهب الشافعى وهذا إنما يصح عند الشافعى لانه يرى نفي الولد بلعان الزوج وحده، وأما من لا يرى ذلك فلا يصح عنده النفي باللعان ههنا والله تعالى أعلم.

* مسألة * قال (وان نفى الحمل فى التعانه لم ينتف عنه حتى ينفيه عند وضعها له ويلاعن)

اختلف أصحابنا فيما إذا لاعن امرأته وهى حامل ونفى حملها فى لعانه فقال الخرقى وجماعة لا ينتفى الحمل بنفيه قبل الوضع ولا ينتفى حتى يلاعنها بعد الوضع وينتفى الولد فيه، وهذا قول أبى حنيفة وجماعة من أهل الكوفة لان الحمل غير مستيقن يجوز أن يكون ريحا، أو غيرها فيصير نفيه مشروطاً بوجوده ولا يجوز تعليق اللعان بشرط.

وقال مالك والشافعى وجماعه من أهل الحجاز يصح نفى الحمل وينتفى عنه محتجين بحديث هلال وأنه نفى حملها فنفاه عنه النبي صلى الله عليه وسلم وألحقه بالأول ولا خفاء بأنه كان حملا ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم « انظروها

فإن جاءت به ، كذا وكذا ، قال ابن عبد البر : الآثار الدالة على صحة هذا القول كثيرة وأوردها ولان الحمل مظنون بأمارات تدل عليه ولهذا ثبتت للحامل أحكام تخالف بها الحائل من النفقة والفطر فى الصيام وترك إقامة الحد عليها وتأخير القصاص عنها وغير ذلك مما يطول ذكره : ويصح استلحاق الحمل فكان كالولد بعد وضعه وهذا القول هو الصحيح لموافقته ظواهر الأحاديث وما خالف الحديث لا يعبأ به كائنا ما كان .

وقال أبو بكر : ينتفى الولد بزوال الفراش ولا يحتاج الى ذكره فى اللعان احتجاجا بظاهر الاحاديث حيث لم ينقل فيها نفى الحمل ولا التعرض لنفيه ، وقد ذكرنا ذلك ، فأما من قال ان الولد لا ينتفى إلا بنفيه بعد الوضع فإنه يحتاج فى نفيه الى اعادة اللعان بعد الوضع .

وقال أبو حنيفة ومن وافقه : إن لاعنها حاملا ثم أتت بالولد لزمه ولم يتمكن من نفيه لان اللعان لا يكون إلا بين الزوجين وهذه قد بانت بلعانها فى حال حملها وهذا فيه إلزامه ولداً ليس منه وسد باب الانتفاء من أولاد الزنا والله تعالى قد جعل له الى ذلك طريقا فلا يجوز سده وإنما تعتبر الزوجية فى الحال التى أضاف الزنا اليها فيه لان الولد الذى تأتى به يلحقه إذا لم ينفه فيحتاج الى نفيه وهذه كانت زوجة فى تلك الحال فملك نفى ولدها ، والله أعلم .

( فصـــل )

وان استلحق الحمل فمن قال لا يصح نفيه قال لا يصح استلحاقه وهو المنصوص عن أحمد ومن أجاز نفيه قال لا يصح استلحاقه وهو مذهب الشافعى لانه محكوم بوجوده بدليل وجوب النفقة ووقف الميراث فصح الإقرار به كالمولود واذا استلحقه لم يملك نفيه بعد ذلك كما لو استلحقه بعد الوضع ومن قال لا يصح استلحاقه قال لو صح استلحاقه لزمه بترك نفيه كالمولود ولا يلزمه ذلك بالإجماع ولأن للشبه أثراً فى الالحاق بدليل حديث الملاعنة ، وذلك مختص بما بعد الوضع فاختص صحة الاستلحاق به فعلى هذا لو استلحقه ثم نفاه بعد وضعه كان له ذلك ، فأما ان سكت عنه فلم ينفه ولم يستلحقه لم يلزمه عند أحد علمنا قوله لان تركه يحتمل أن يكون لانه لا يتحقق وجوده إلا أن يلاعنها فإن أبا حنيفة ألزمه الولد على ما أسلفناه

( فصـل ) وإذا ولدت امرأته ولداً فسكت عن نفيه مع إمكانه لزمه نسبه ولم يكن له نفيه بعد ذلك ، وبهذا قال الشـافعي . قال أبو بكر : لا يتقدر ذلك بثلاث بل هو على ما جرت به العادة إن كان ليلا فحتى يصبح وينتشر الناس، وإن كان جائعاً أو ظمآن فحتى يأكل أو يشرب أو ينام إن كان ناعسـا ، أو يلبس ثيابه ويسرج دابته ويركب ويصلي إن حضرت الصـلاة ويحرز ماله إن كان غير محرز ، وأشباه ذلك من أشغاله ، فإن أخره بعد هـذا كله لم يكن له نفيه . وقال أبو حنيفة : له تأخير نفيه يوماً ويومين استحساناً ، لأن النفي عقيب الولادة يشق فقدر باليومين لقلته . وقال أبو يوسف ومحمد : يتقدر بمدة النفاس لأنها جارية مجرى الولادة في الحكم . وحكي عن عطاء ومجاهد : أن له نفيه ما لم يعترف به ، فكان له نفيـه كحالة الولادة .

ولنا أنه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على الفور كخيار الشفعة ، وقول النبي صلى الله عليه وسـلم « الولد للفراش » عام خرج منه ما اتفقنا عليه مع السنة الثابتة فما عداه يبقى على عموم الحديث ، وما ذكره أبو حنيفة يبطل بخيار الرد بالعيب والأخذ بالشفعة ، وتقديره بمدة النفاس تحكم لا دليل عليه ، وما قاله عطاء يبطل أيضا بما ذكرناه ، ولا يلزم القصاص لأنه لاستيفاء حق لا لدفع ضرر ولا الحمل لأنه لم يتحقق ضرره .

إذا ثبت هـذا فهل يتقدر الخيار في النفي بمجلس العلم أو بإمـكان النفي ، على وجهين بناء على المطالبة بالشفعة ، فإن أخر نفيه عن ذلك ثم ادعى أنه لا يعلم بالولادة وأمكن صدقه بأن يكون في موضع يخفى عليه ذلك ، مثل أن يكون في محلة أخرى فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عـدم العلم ، وان لم يمـكن مثل أن يكون معها في الدار لم يقبل لان ذلك لا يكاد يخفى عليه .

وإن قال علمت ولادته ولم أعلم أن لي نفيه ، أو علمت ذلك ولم أعلم أنه على الفور وكان ممن يخفى عليه ذلك كعامة الناس قُبل منه ، لان هذا مما يخفى عليهم ، فأشبه ما لو كان حديث عهد بإسلام ، وإن كان فقيها لم يقبل ذلك منه لأنه مما لا يخفى عليه ذلك ، ويحتمل أن يقبل منه لان الفقيه يخفى عليه كثير من الاحكام . وقال أصحابنا لا يقبل ذلك من الفقيه ويقبل من الناشيء ببادية وحديث العهد بالاسلام ،

وهل يقبل من سائر العامة؟ على وجهين . وإن كان له عذر يمنعه من الحضور لنفيه كالمرض والحبس أو الاشتغال بحفظ مال يخاف ضيعته أو بملازمة غريم يخاف فوته أو غيبته ، نظرت فإن كانت مدة ذلك قصيرة فأخره إلى الحضور ليزول عذره لم يبطل نفيه لأنه بمنزلة من علم ذلك ليلا فأخره الى الصبح ، وإن كانت تتطاول فأمكنه التنفيذ الى الحاكم ليبعث اليه من يستوفى عليه اللعان والنفى فلم يفعل سقط نفيه فإن لم يمكنه أشهد على نفسه أنه ناف لولد امرأته فإن لم يفعل بطل خياره لانه إذا لم يقدر على نفيه كان الاشهاد قائما مقامه ، كما يقيم المريض الفيئة بقوله بدلا عن الفيئة بالجماع ، فإن قال لم أصـــدق المخبر عنه نظرت فإن كان مستفيضا منتشراً لم يقبل قوله ، وان لم يكن مستفيضا وكان المخبر مشهور العدالة لم يقبل وإلا قبل .

وان قال لم أعلم أن عليّ ذلك قبل قوله لأنه مما يخفى ، وان علم وهو غائب فأمكنه السير فاشتغل به لم يبطل خياره . وان أقام من غير حاجة بطل لانه أخره لغير عذر ، وان كانت له حاجة تمنعه من السير فهو على ما ذكرنا من قبل . وان أخر نفيه لغير عذر وقال أخرت نفيه رجاء أن يموت فأستر عليه وعليّ بطل خياره لانه أخر نفيه مع الإمكان لغير عذر .

( فصل ) فإن هنىء به فأمن على الدعاء لزمه فى قولهم جميعا ، وإن قال أحسن الله جزاءك أو بارك الله عليك أو رزقك الله مثله لزمه الولد . وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي : لا يلزمه لأنه جازاه على قصده . واذا قال رزقك الله مثله فليس ذلك اقراراً ولا متضمنا له .

ولنا أن ذلك جواب الراضى فى العادة فكان اقراراً كالتأمين على الدعاء ، وان سكت كان اقرارا ، ذكره أبو بكر لان السكوت صلح دال على الرضى فى حق البكر ، وفى مواضع أخرى فهمنا أولى ، وفى كل موضع لزمه الولد لم يكن له نفيه بعد ذلك فى قول جماعة أهل العلم منهم الشعبي والنخعى وعمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأى . وقال الحسن : له أن يلاعن لنفيه ما دامت أمه عنده يصير لها الولد ، ولو أقر به ، والذى عليه الجمهور أولى فإنه أقر

به فلم يملك جحده كما لو بانت منه أمه ، ولأنه أقر بحق عليه فلم يقبل منه جحده كسائر الحقوق .

« مسألة » قال ( ولو جاءت امرأته بولد فقال لم تزن ولكن ليس هذا الولد منى فهو ولده فى الحكم ولا حد عليه لها )

وجملة ذلك أن المرأة إذا ولدت فقال زوجها ليس هذا الولد منى أو قال ليس هذا ولدى فلا حد عليه لأن هذا ليس بقذف بظاهره لاحتمال أنه يريد أنه من زوج آخر أو من وطء بشبهة أو غير ذلك ، ولكنه يسأل فإن قال زنت فولدت هذا من الزنا فهذا قذف يثبت به اللعان . وإن قال أردت أن لا يشبهنى خلقا ولا خلقاً فقالت بل أردت قذفى فالقول قوله لأنه أعلم بمراده ، لا سيما إذا صرح بقوله لم تزن . وإن قال وطئت بشبهة والولد من الواطىء فلا حد عليه أيضا لأنه لم يقذفها ولا قذف واطئها ، وإن قال أكرهت على الزنا فلا حد أيضا لأنه لم يقذفها ولا لعان فى هذه المواضع لأنه لم يقذفها ومن شرط اللعان القذف ويلحقه نسب الولد . وبهذا قال أبو حنيفة .

وذكر القاضى أن فى هذه الصورة الأخيرة رواية أخرى أن له اللعان لأنه يحتاج الى نفى الولد ، بخلاف ما إذا قال وطئت بشبهة فإنه يمكن نفى النسب بعرض الولد على القافة فيستغنى بذلك عن اللعان فلا يشرع ، كما لا يشرع لعان أمته لما أمكن نفى نسب ولدها بدعوى الاستبراء . وهذا مذهب الشافعى

ولنا أن اللعان إنما ورد به الشرع بعد القذف فى قوله تعالى : والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ) الآية ، ولما لاعن النبى صلى الله عليه وسلم بين هلال وامرأته كان بعد قذفه إياها ، وكذلك لما لاعن بين عويمر العجلانى وامرأته كان بعد قذفه إياها ولا يثبت الحكم إلا فى مثله ، ولأن نفى اللعان إنما ينتفى به الولد بتمامه منهما ولا يتحقق اللعان من المرأة ههنا ، فأما إن قال وطئك فلان بشبهة وأنت تعلمين الحال فقد قذفها وله لعانها ونفى نسب ولدها ، وقال القاضى ليس له نفيه باللعان .

وكذلك قال أصحاب الشافعي لأنه يمكنه نفي نسبه بعرضه على القافة ، فأشبه ما لو قال واشتبه عليك أيضا .

ولنا أنه رام لزوجته فيدخل في عموم قوله تعالى ( والذين يرمون أزواجهم ) ولانه رام لزوجته بالزنا فملك لعانها ونفي ولدها ، كما لو قال : زنى بك فلان . وما ذكروه لا يصح فإنه قد لا يوجد قافة وقد لا يعترف الرجل بما نسب اليه أو يغيب أو يموت فلا ينتفي الولد ، وان قال ما ولدته وانما التقطته أو استعرته ، فقالت بل هو ولدي منك لم يقبل قول المرأة الا ببينة ، وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ، لان الولادة يمكن اقامة البينة عليها والاصل عدمها فلم تقبل دعواها من غير بينة كالدين .

قال القاضي : وكذلك لا تقبل دعواها للولادة فيما اذا علق طلاقها بها ولا دعوى الامة لها لتصير بها أم ولد ، ويقبل قولها فيها لتقضي عدتها بها . فعلى هذا لايلحقه الولد الا أن تقيم بينة : وهي امرأة مرضية تشهد بولادتها له ، فإذا ثبتت ولادتها له لحقه نسبه لانه ولد على فراشه والولد للفراش .

وذكر القاضي في موضع آخر أن القول قول المرأة لقول الله تعالى ( ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن ) وتحريم كتمانه دليل على قبول قولها فيه ولأنه خارج من المرأة تنقضي به عدتها فقبل قولها فيه كالحيض ، ولأنه حكم يتعلق بالولادة فقبل قولها فيه كالحيض ، فعلى هذا النسب لاحق به فهل له نفيه باللعان ؟ فيه وجهان .

أحدهما : ليس له نفيه ، لأن انكاره لولادتها اياه اقرار بأنها لم تلده من زنا فلا يقبل انكاره لذلك لانه تكذيب لنفسه . والثاني له نفيه لأنه رام لزوجته وناف لولدها فكان له نفيه باللعان كغيره .

( فصل ) ومن ولدت امرأته ولداً لا يمكن كونه منه في النكاح لم يلحقه نسبه ولم يحتج الى نفيه لأنه يعلم أنه ليس منه فلم يلحقه ، كما لو أتت به عقيب نكاحه لها وذلك مثل أن تأتي به لدون ستة أشهر من حين تزوجها فلا يلحق به في قول كل من علمنا قوله من أهل العلم ، لأننا نعلم أنها علقت به قبل أن يتزوجها ، وان كان الزوج طفلا له أقل من عشر سنين فأتت امرأته بولد لم يلحقه لانه لايوجد ولد لمثله

ولا يمكنه الوطء : وإن كان له عشر فحملت امرأته لحقه ولدها لقول النبي (ص) «واضربوهم على الصلاة لعشر وفرقوا بينهم فى المضاجع».

وقال القاضي يلحق به إذا أتت به لتسعة أعوام ونصف عام مدة الحمل ، لأن الجارية يولد لها لتسع فكذلك الغلام . وقال أبو بكر : لا يلحقه حتى يبلغ ، لأن الولد إنما يكون من الماء ولا ينزل حتى يبلغ .

ولنا أنه زمن يمكن البلوغ فيه فيلحقه الولد كالبالغ ، وقد روى أن عمرو بن العاص وابنه عبد الله لم يكن بينهما إلا اثنى عشر عاما . وأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالتفريق بينهم ، دليل على إمكان الوطء الذى هو سبب الولادة . وأما قياس الغلام على الجارية فغير صحيح ، فإن الجارية يمكن الاستمتاع بها لتسع عادة والغلام لا يمكنه الاستمتاع لتسع ، وقد تحيض لتسع ، وما عهد بلوغ غلام لتسع ، ولو تزوج رجل امرأة فى مجلس ثم طلقها فيه قبل غيبته عنهم ، ثم أتت امرأته بولد لستة أشهر من حين العقد أو تزوج مشرقى بمغربية ثم مضت ستة أشهر وأتت بولد لم يلحقه ، وبذلك قال مالك والشافعى .

وقال أبو حنيفة : يلحقه نسبه لأن الولد إنما يلحقه بالعقد ومدة الحمل ، ألا ترى انكم قلتم إذا مضى زمان الامكان لحق الولد ، وان علم انه لم يحصل منه الوطء .

ولنا انه لم يحصل إمكان الوطء بهذا العقد فلم يلحق به الولد ، كزوجة ابن سنة أو كما لو ولدته لدون ستة أشهر . وفارق ما قاسوا عليه لأن الامكان إذا وجد لم يعلم أنه ليس منه قطعاً لجواز أن يكون وطئها من حيث لا يعلم ، ولا سبيل لنا الى معرفة حقيقة الوطء ، فعلقنا الحكم على إمكانه فى النكاح ، ولم يجز حذف الامكان عن الاعتبار ، لأنه اذا انتفى حصل اليقين بانتفائه عنه فلم يجز إلحاقه به مع يقين كونه ليس منه ، وان ولدت امرأة مقطوع الذكر والأنثيين لم يلحق نسبه به فى قول عامة أهل العلم لانه يستحيل منه الانزال والايلاج ، وان قطعت أنثياه دون ذكره فكذلك لأنه لا ينزل ما يخلق منه الولد ، وقال أصحابنا يلحقه النسب لانه يتصور منه الايلاج وينزل ماء رقيقا .

ولنا أن هذا لا يخلق منه ولد عادة ولا وجد ذلك ، فأشبه ما لو قطع ذكره

معها، ولا اعتبار بإيلاج لا يخلق منه الولد كما لو أولج أصبعه. وأما قطع ذكره وحده فإنه يلحقه الولد لانه يمكن أن يساحق فينزل ماء يخلق منه الولد، ولاصحاب الشافعي اختلاف في ذلك على نحو ما ذكرنا من الخلاف عندنا. قال ابن اللبان لا يلحقه الولد في هاتين الصورتين في قول الجمهور.

وقال بعضهم يلحقه بالفراش وهو غلط لان الولد انما يلحق بالفراش اذا أمكن، ألا ترى أنها اذا ولدت بعد شهر منذ تزوجها لم يلحقه وههنا لا يمكن لفقد المني من المسلول وتعذر ايصال المني الى قعر الرحم من المجبوب، ولا معنى لقول من قال يجوز أن تستدخل المرأة مني الرجل فتحمل لان الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعا ولذلك يأخذ الشبه منهما، واذا استدخلت المني بغير جماع لم تحدث لها لذة تمني بها فلا يختلط منهما، ولو صح ذلك لكان الاجنبيان الرجل والمرأة اذا تصادقا انها استدخلت منيه، وأن الولد من ذلك المني يلحقه نسبه، وما قال ذلك أحد.

(فصـــل) وان طلق امرأته وهي حامل فوضعت ولداً ثم ولدت آخر قبل مضي ستة أشهر فهم من الزوج لانا نعلم أنهما حمل واحد، فإذا كان أحدهما منه فالآخر منه. وان كان بينهما أكثر من ستة أشهر لم يلحق الزوج وانتفى عنه من غير لعان لانه لا يمكن أن يكون الولدان حملا واحداً وبينهما مدة الحمل، فعلم أنها علقت به بعد زوال الزوجية وانقضاء العدة، وكونها أجنبية فهي كسائر الاجنبيات، وان طلقها فاعتدت بالاقراء ثم ولدت ولداً قبل مضي ستة أشهر من آخر اقرائها لحقه لأننا تقينا أنها لم تحمله بعد انقضاء عدتها ونعلم أنها كانت حاملا به في زمن رؤية الدم فيلزم أن لا يكون الدم حيضا فلم تنقض عدتها به، وان أتت به لاكثر من ذلك لم يلحق بالزوج، وهذا قول أبي العباس بن سريج.

وقال غيره من أصحاب الشـــافعي: يلحق به لأنه يمكن أن يكون منه والولد يلحق بالامكان.

ولنا أنها أتت به بعد الحكم بانقضاء عدتها في وقت يمكن أن لا يكون منه فلم يلحقه. كما لو انقضت عدتها بوضع الحمل. وانما يعتبر الامكان مع بقاء الزوجية أو العدة وأما بعدهما فلا يكتفى بالامكان للحاقه وانما يكتفى بالامكان لنفيه، وذلك

لأن الفراش سبب ومع وجود السبب يكتفى بإمكان الحكمة واحتمالها ، فإذا انتفى السبب وآثاره فينتفى الحكم لانتفائه ولا يلتفت إلى مجرد الإمكان والله أعلم .

فأما إن وضعته قبل انقضاء العدة لأقل من أربع سنين لحق بالزوج ولم ينتف عنه إلا باللعان . وإن وضعته لأكثر من أربع سنين من حين الطلاق وكان بائنا انتفى عنه بغير لعان لأننا علمنا أنها علقت به بعد زوال الفراش ، وإن كان رجعيا فوضعته لأكثر من أربع سنين منذ انقضت العـــدة فكذلك لأنها علقت به بعد البينونة . وإن وضعته لأكثر من أربع سنين منذ الطلاق ولأقل منها منذ انقضت العدة ففيه روايتان .

إحداهما : لا يلحقه لأنها لم تعلق به قبل طلاقها فأشبهت البائن .

والثانية يلحقه لأنها فى حكم الزوجات فى السكنى والنفقة والطلاق والظهار والايلاء والحل فى رواية فأشبه ما قبل الطلاق

( فصـل ) فإن غاب عن زوجته سنين فبلغتها وفاته فاعتدت ونكحت نكاحا صحيحا فى الظاهر ودخل بها الثانى وأولدها أولاداً ثم قدم الأول فسخ نكاح الثانى وردت الى الأول وتعتد من الثانى ولها عليه صداق مثلها والأولاد له لأنهم ولدوا على فراشه . روى ذلك عن على رضى الله عنه . وهو قول الثورى وأهل العراق وابن أبى ليلى ومالك وأهل الحجاز والشـافعى وإسحاق وأبى يوسف وغيرهم من أهل العلم إلا أبا حنيفة قال : الولد للأول لأنه صاحب الفراش لأن نكاحه صحيح ثابت ونكاح الثانى غير ثابت فأشبه الاجنبى .

ولنا أن الثانى انفرد بوطئها فى نكاح يلحق النسب فى مثله فكان الولد له دون غيره كولد الامة من زوجها يلحقه دون سيدها وفارق الاجنبى فإنه ليس له نكاح

( فصـل ) وإن وطىء رجل امرأة لا زوج لها بشبهة فأتت بولد لحقه نسبه وهذا قول الشافعى وأبى حنيفة . وقال القاضى : وجدت بخط أبى بكر انه لا يلحق به لان النسب لا يلحق إلا فى نكاح صحيح أو فاسد أو ملك أو شبهة ملك ولم يوجد شىء من ذلك ، ولانه وطء لا يستند الى عقد فلم يلحق الولد فيه بالوطء كالزنا ، والصحيح فى المذهب الاول

قال أحمد : كل من درأت عنه الحد ألحقت به الولد . ولانه وطء اعتقدالواطىء

حله فلحق به النسب كالوطء فى النكاح الفاسد ، وفارق وطء الزنا فإنه لا يعتقد الحل فيه . ولو تزوج رجلان أختين فغلط بهما عند الدخول فزفت كل واحدة منهما الى زوج الاخرى فوطئها وحملت منه لحق الولد بالواطىء لانه وطء يعتقد حله فلحق به النسب كالوطء فى نكاح فاسد .

وقال أبو بكر لا يكون الولد للواطىء وإنما يكون للزوج . وهذا الذى يقتضيه مذهب أبى حنيفة لأن الولد للفراش

ولنا أن الواطىء انفرد بوطئها فيما يلحق به النسب فلحق به كما لو لم تكن ذات زوج وكما لو تزوجت امرأة المفقود عند الحكم بوفاته ثم بان حيا . والخبر مخصوص بهذا فنقيس عليه ما كان فى معناه . وإن وطئت امرأته أو أمته بشبهة فى طهر لم يصبها فيه فاعتزلها حتى أتت بولد لستة أشهر من حين الوطء لحق الواطىء وانتفى عن الزوج من غير لعان . وعلى قول أبى بكر وأبى حنيفه يلحق الزوج لأن الولد للفراش ، وإن أنكر الواطىء الوطىء فالقول قوله بغير يمين ويلحق نسب الولد بالزوج لأنه لا يمكن إلحاقه بالمنكر ولا تقبل دعوى الزوج فى قطع نسب الولد وإن أتت بالولد لدون ستة أشهر من حين الوطء لحق الزوج بكل حال لأننا نعلم أنه ليس من الواطىء . وإن اشتركا فى وطئها فى طهر فأتت بولد يمكن أن يكون منهما لحق الزوج لأن الولد للفراش وقد أمكن كونه منه .

وإن ادعى الزوج أنه من الواطىء فقال بعض أصحابنا يعرض على القافة معهما فيلحق بمن ألحقته منهما . فإن ألحقته بالواطىء لحقه ولم يملك نفيه عن نفسه وانتفى عن الزوج بغير لعان ، وان ألحقته بالزوج لحق ولم يملك نفيه باللعان فى أصح الروايتين .

والأخرى له ذلك وان ألحقته بهما لحق بهما ولم يملك الواطىء نفيه عن نفسه وهل يملك الزوج نفيه باللعان ؟ على روايتين . وان لم توجد قافة أو أنكر الواطىء الوطء أو اشتبه على القافة لحق الزوج ، لأن المقتضى للحاق النسب به متحقق ولم يوجد ما يعارضه فوجب اثبات حكمه . ويحتمل أن يلحق الزوج بكل حال لأن دلالة قول القافة ضعيفة ودلالة الفراش قوية فلا يجوز ترك دلالته لمعارضة دلالة ضعيفه .

( فصل ) وان أتت بولد فادعى أنه من زوج قبله نظرنا فان كانت تزوجت بعد انقضاء العدة لم يلحق بالأول بحال وان كان بعد أربع سنين منذ بانت من الاول لم يلحق به أيضاً . وان وضعته لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني لم يلحق به وينتفي عنهما وان كان لأكثر من ستة اشهر فهو ولده . وان كان لأكثر من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني ولأقل من أربع سنين من طلاق الأول ولم يعلم انقضاء العدة عرض على القافة وألحق بمن ألحقته به منهما فان ألحقته بالاول انتفى عن الزوج بغير لعان وان ألحقته بالزوج انتفى عن الاول ولحق الزوج وهل له نفيه باللعان ؟ على روايتين

« مسألة » قال ﴿ واللعان الذي يبرأ به من الحد أن يقول الزوج بمحضر من الحاكم : أشهد بالله لقد زنت ، ويشير اليها ، وان لم تكن حاضرة سماها ونسبها حتى يكمل ذلك أربع مرات ، ثم يوقف عند الخامسة ويقال له : اتق الله فإنها الموجبة وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة . فإن أبى الا أن يتم فليقل : ولعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، وتقول هي : أشهد بالله لقد كذب ، أربع مرات ، ثم توقف عند الخامسة وتخوف كما خوف الرجل ، فإن أبت الا أن تتم فلتقل : وغضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا ﴾

في هذه المسألة مسألتان : احداهما أن اللعان لا يصح الا بمحضر من الحاكم أو من يقوم مقامه ، وهذا مذهب الشافعي لان النبي صلى الله عليه وسلم « أمر هلال ابن أمية أن يستدعي زوجته اليه ولاعن بينهما » ولانه اما يمين واما شهادة فأيهما كان فمن شرطه الحاكم ، وان تراضى الزوجان بغير الحاكم يلاعن بينهما لم يصح ذلك لان اللعان مبني على التغليظ والتأكيد فلم يجز بغير الحاكم كالحد ، وسواء كان الزوجان حرين أو مملوكين في ظاهر كلام الخرقي ، وقال أصحاب الشافعي : للسيد أن يلاعن بين عبده وأمته ، لان له اقامة الحد عليهما

ولنا أنه لعان بين زوجين فلم يجز لغير الحاكم أو نائبه كاللعان بين الحرين ، ولا نسلم أن السيد يملك اقامة الحد على أمته المزوجة ، ثم لا يشبه اللعان الحد لان الحد زجر وتأديب واللعان اما شهادة واما يمين فافترقا ، ولان اللعان دارىء للحد

وموجب له يجري مجرى إقامة البينة على الزنا والحكم به أو بنفيه . وان كانت المرأة خفرة لاتبرز لحوائجها بعث الحاكم نائبه وبعث معه عدولا ليلاعنوا بينهما ، وان بعث نائبه وحده جاز لأن الجمع غير واجب .

( فصل ) ويستحب أن يكون اللعان بمحضر جماعة من المسلمين لأن ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد حضروه مع حداثة أسنانهم ، فدل ذلك على أنه حضره جمع كثير لأن الصبيان إنما يحضرون المجالس تبعاً للرجال ولان اللعان بني على التغليظ مبالغة في الردع به والزجر وفعله في الجماعة أبلغ في ذلك ، ويستحب أن لا ينقصوا عن أربعة لأن بينة الزنا التي شرع اللعان من أجل الرمي به أربعة وليس شيء من هذا واجبا . ويستحب أن يتلاعنا قياما ، فيبدأ الزوج فيلتعن وهو قائم ؛ فإذا فرغ قامت المرأة فالتعنت وهي قائمة . لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لهلال بن أمية « قم فاشهد أربع شهادات » ولأنه إذا قام شاهده الناس فكان أبلغ في شهرته فاستحب كثرة الجمع وليس ذلك واجبا ، وبهذا كله قال أبو حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفا .

## فصل

قال القاضي : ولا يستحب التغليظ في اللعان بمكان ولا زمان ، وبهذا قال أبو حنيفة : لأن الله تعالى أطلق الامر بذلك ولم يقيده بزمن ولا مكان فلا يجوز تقييده إلا بدليل ولان النبي صلى الله عليه وسلم أمر الرجل باحضار امرأته ولم يخصه بزمن ولو خصه بذلك لنقل ولم يهمل .

وقال أبو الخطاب : يستحب أن يتلاعنا في الازمان والأماكن التي تعظم : وهذا مذهب الشافعي الا أن عنده في التغليظ بالمكان قولين .

أحدهما : أن التغليظ به مستحب كالزمان . والثاني : أنه واجب لان النبي صلى الله عليه وسلم لاعن عند المنبر فكان فعله بيانا للعان . ومعنى التغليظ بالمكان أنهما إذا كانا بمكة لاعن بينهما بين الركن والمقام فإنه أشرف البقاع ، وان كانا في المدينة فعند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفي بيت المقدس عند الصخرة ، وفي سائر البلدان في جوامعها ، وأما الزمان فبعد العصر لقول الله تعالى ( تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ) وأجمع المفسرون على أن المراد بالصلاة

صلاة العصر . قال أبو الخطاب في موضع : أو بين الاذانين لأن الدعاء بينهما لا يرد والصحيح الأول ولو استحب ذلك لفعله النبي صلى الله عليه وسلم ولو فعله لنقل ولم يسع تركه واهماله ، وأما قولهم : ان النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بينهما عند المنبر فليس هذا في شيء من الاحاديث المشهورة .

وان ثبت هذا : فيحتمل أنه كان بحكم الاتفاق لأن مجلسه كان عنده فلاعن بينهما في مجلسه ، فإن كان اللعان بين كافرين فالحكم فيه كالحكم في اللعان بين المسلمين ، ويحتمل أن يغلظ في المكان لقوله في الأيمان : وان كان لهم مواضع يعظمونها ويتوقون أن يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها فعلى هذا يلاعن بينهما في مواضعهم اللاتي يعظمونها ، النصراني في الكنيسة واليهودي في البيعة والمجوسي في بيت النار وان لم يكن لهم مواضع يعظمونها حلفهم الحاكم في مجلسه لتعذر التغليظ بالمكان ، وان كانت المسلمة حائضاً . وقلنا : ان اللعان بينهما يكون في المسجد وقفت على بابه ولم تدخله لان ذلك أقرب المواضع اليه .

## المسألة الثانية في ألفاظ اللعان وصفته

أما ألفاظه فهي خمسة في حق كل واحد منهما : وصفته أن الإمام يبدأ بالزوج فيقيمه ويقول له قل أربع مرات : أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا ويشير اليها ان كانت حاضرة ولا يحتاج مع الحضور والاشارة الى نسبها وتسميتها كالا يحتاج الى ذلك في سائر العقود ، وان كانت غائبة أسماها ونسبها فقال امرأتي فلانة بنت فلان ويرفع في نسبها حتى ينفي المشاركة بينها وبين غيرها فإذا شهد أربع مرات وقفه الحاكم وقال له اتق الله فإنها الموجبة وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وكل شيء أهون من لعنة الله ويأمر رجلا فيضع يده على فيه حتى لا يبادر بالخامسة قبل الموعظة : ثم يأمر الرجل فيرسل يده عن فيه فان رآه يمضي في ذلك قال له قل : وان لعنة الله علي إن كنت من الكاذبين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا .

ثم يأمر المرأة بالقيام ويقول لها قولي أشهد بالله أن زوجي هذا لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتشير اليه ، وان كان غائبا أسمته ونسبته فاذا كررت ذلك

أربع مرات وقفها ووعظها كما ذكرنا فى حق الزوج ويأمر امرأة فتضع يدها على فيها فان رآها تمضى على ذلك قال لها قولى : وأن غضب الله على ان كان زوجى هذا من الصادقين فيما رمانى به من الزنا .

قال اسحاق بن منصور : قلت لأحمد كيف يلاعن ؟ قال على ما فى كتاب الله يقول أربع مرات : أشهد بالله أنى فيما رميتها به لمن الصادقين ثم يوقف عند الخامسة فيقول : لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين .

والمرأة مثل ذلك توقف عند الخامسة فيقال لها اتق الله فانها الموجبة توجب عليك العذاب فإن حلفت : قالت غضب الله عليها ان كان من الصادقين ، وعدد هذه الالفاظ الخمسة شرط فى اللعان ، فإن أخل بواحدة منها لم يصح على ما ذكرناه فيما مضى ، وان أبدل لفظا منها فظاهر كلام الخرقى أنه يجوز أن يبدل قوله أنى لمن الصادقين بقوله : لقد زنت لان معناهما واحد ويجوز لها ابدال انه لمن الكاذبين بقولها لقد كذب لانه ذكر صفة اللعان كذلك واتباع لفظ النص أولى وأحسن ، وان أبدل لفظة « أشهد » بلفظ من ألفاظ اليمين فقال : أحلف أو أقسم أو أولى لم يعتد به .

وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر أنه يعتد به لانه أتى بالمعنى فأشبه ما لو أبدل انى لمن الصادقين بقوله لقد زنت وللشافعى وجهان فى هذا والصحيح أنه لا يصح لأن ما اعتبر فيه لفظ الشهادة لم يقم غيره مقامه كالشهادات فى الحقوق ، ولأن اللعان يقصد فيه التغليظ واعتبار لفظ الشهادات أبلغ فى التغليظ فلم يجز تركه ولهذا لم يجز أن يقسم بالله من غير كلمة تقوم مقام أشهد .

والثانى : يعتد به لانه أتى بالمعنى أشبه ما قبله وللشافعى وجهان كهذين ، وان أبدل لفظة اللعنة بالابعاد لم يجز لأن لفظ اللعنة أبلغ فى الزجر وأشد فى أنفس الناس ولانه عدل عن المنصوص . وقيل : يجوز لأن معناهما واحد وان أبدلت المرأة لفظة الغضب باللعنة لم يجز لأن الغضب أغلظ ولهذا خصت المرأة به لأن المعرة بزناها أقبح واثمها بفعل الزنا أعظم من اثمه بالقذف : وان ابدلتها بالسخط خرج على وجهين فيما اذا أبدل الرجل لفظة اللعنة بالابعاد : وان ابدل الرجل لفظة اللعنة بالغضب احتمل ان يجوز لانه ابلغ واحتمل ان لا يجوز لمخالفته المنصوص

قال الوزير يحي بن محمد بن هبيرة رحمه الله تعالى : من الفقهاء من اشترط أن يزاد بعد قوله : من الصادقين : فيما رميتها به من الزنا ، واشترط فى نفيها عن نفسها فيما رمانى به من الزنا ولا أراه يحتاج اليه لأن الله سبحانه أنزل ذلك وبينه ، ولم يذكر هذا الاشتراط .

وأما موعظة الامام لهما بعد الرابعة وقبل الخامسة فهى مستحبة فى قول أكثر أهل العلم لما روى ابن عباس قال « لما كانت الخامسة قيل يا هلال اتق الله فإنها الموجبة التى توجب عليك العذاب . فقال والله لا يعذبنى الله عليها كما لم يجلدنى عليها فشهد الخامسة . فلما كانت الخامسة قيل لها اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وان هذه الموجبة التى توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا أفضح قومى فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين » وروى أبو إسحاق الجوزجانى بإسناده حديث المتلاعنين قال « فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ثم أمر به فامسك على فيه فوعظه وقال : ويحك كل شيء أهون عليك من لعنة الله ثم أرسل فقال لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم دعاها فقرأ عليها فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ثم أمر بها فامسك على فيها وقال : ويحك كل شيء أهون عليك من عذاب الله — وذكر الحديث » .

( فصل ) ويشترط فى صحة اللعان شروط سته .

أحدها : أن يكون بمحضر الامام أو نائبه .

والثانى : أن يأتى كل واحد منهما باللعان بعد إلقائه عليه فإن بادر به قبل أن يلقيه الامام عليه لم يصح كما لو حلف قبل أن يحلفه الحاكم .

الثالث استكمال لفظات اللعان الخمسة فإن نقص منها لفظة لم يصح .

الرابع : أن يأتى بصورته الا ما ذكرنا من الاختلاف فى إبدال لفظة بمثلها فى المعنى . الخامس : الترتيب فإن قدم لفظة اللعنة على شيء من الألفاظ الأربعة أو قدمت المرأة لعانها على لعان الرجل لم يعتد به . السادس : الاشارة من كل واحد منهما الى صاحبه إن كان حاضراً وتسميته ونسبته إن كان غائبا ولا يشترط حضورهما

معا بل لو كان أحدهما غائباً عن صاحبه مثل أن لاعن الرجل فى المسجد والمرأة على بابه لعدم امكان دخولها جاز .

( فصل ) واذا كان الزوجان يعرفان العربية لم يجز أن يلتعنا بغيرها لأن اللعان ورد فى القرآن بلفظ العربية ، وان كانا لا يحسنان ذلك جاز لهما الالتعان بلسانهما لموضع الحاجة فإن كان الحاكم يحسن لسانهما اجزأ ذلك ، ويستحب أن يحضر معه أربعة يحسنون لسانهما ، وان كان الحاكم لا يحسن لسانهما فلا بد من ترجمان ، قال القاضى : ولا يجزىء فى الترجمة أقل من اثنين عدلين ، وهو قول الشافعى وظاهر قول الخرقى لأنه قال ولا يقبل فى الترجمة عن أعجمى حاكم اليه اذا لم يعرف لسانه أقل من عدلين يعرفان لسانه ، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى أنه يجزىء قول عدل واحد ، وهو قول أبى حنيفة وسنذكر ذلك فى موضع آخر ان شاء الله تعالى .

( مسألة ) قال ( وان كان بينهما فى اللعان ولد ذكر الولد ، فإذا قال أشهد بالله لقد زنت يقول . وما هذا الولد ولدى . وتقول هى أشهد بالله لقد كذب وهذا الولد ولده )

وجملة ذلك : أنه متى كان اللعان لنفى ولد فلا بد من ذكره فى لعانهما ، وقال الشافعى لاتحتاج المرأة الى ذكره لأنها لاتنفيه وانما احتاج الزوج الى ذكره لنفيه وقال أبو بكر لا يحتاج واحد منهما الى ذكره وينتفى بزوال الفراش .

ولنا أن من سقط حقه باللعان اشترط ذكره فيه كالمرأة ، والمرأة أحد الزوجين فكان ذكر الولد شرطا فى لعانها كالزوج ولأنهما متحالفان على شىء فاشترط ذكره فى تحالفهما كالمختلفين فى اليمين وظاهر كلام الخرقى أنه يكتفى بقول الزوج : وما هذا الولد ولدى ومن المرأة بقولها وهذا الولد ولده . وقال القاضى يشترط أن يقول هذا الولد من زنا وليس هو منى ، وهو مذهب الشافعى لأنه قد يريد بقوله ليس هو منى يعنى خلقا وخلقا ولم نقتصر على قوله من زنا لأنه قد يعتقد أن الوطء فى نكاح فاسد زنا فأكدنا بذكرهما جميعا .

ولنا : أنه نفى الولد فى اللعان فاكتفى به كما لو ذكر اللفظين ، وما ذكروه

من التأكيد تحكم بغير دليل ولا ينتفي الاحتمال بضم إحدى اللفظتين إلى الأخرى فإنه إذا اعتقد أنه من وطء فاسد ، واعتقد أن ذلك زنا صح منه أن يقول اللفظين جميعا ، وقد يريد أنه لا يشبهني خلقا وخلقا ، أو انه من وطء فاسد ، فإن لم يذكر الولد في اللعان لم ينتف عنه ، وان أراد نفيه أعاد اللعان ويذكر نفي الولد فيه .

( فصـــل )

وإذا قذف امرأته بالزنا برجل بعينه فقد قذفهما ، وإذا لاعنها سقط الحد عنه لهما ، سواء ذكر الرجل في لعانه أو لم يذكره ، وان لم يلاعن فلكل واحـــد منهما المطالبة ، وأيهما طالب حد له ومن لم يطالب فلا يحد له ، كما لو قذف رجلا بالزنا بامرأة معينة وبهذا قال أبو حنيفة ومالك ، إلا في أنه لا يسقط حده بلعانها وقال بعض أصحابنا : القـذف للزوجة وحدها ولا يتعلق بغيرها حق في المطالبة ولا الحد ، لأن هلال بن أمية قذف زوجته بشريك بن سحماء فلم يحـــده النبي صلى الله عليه وسلم ولا عزره له .

وقال بعض أصحاب الشافعي : يجب الحد وهل يجب حد واحد أو حدان ؟ على وجهين . وقال بعضهم لا يجب إلا حد واحد قولا واحداً ، ولا خلاف بينهم أنه إذا لاعن وذكـر الأجنبي في لعانه أنه يسقط عنه حكمه ، وإن لم يذكره فعلى وجهين . ولنا أن اللعان بينة في أحد الطرفين فكان بينة في الطرف الآخر كالشهادة ولأن به حاجة الى قذف الزاني لما أفسد عليه من فراشه ، وربما يحتاج الى ذكره ليستدل بشبه الولد للمقذوف على صدق قاذفه ، كما استدل النبي صلى الله عليه وسلم على صـــدق هلال بشبه الولد لشريك بن سحماء ، فوجب أن يسقط حكم قذفه ما أسقط حكم قذفها قياسا له عليها .

( فصـــل ) ولو قذف امرأته وأجنبية أو أجنبيا بكلمتين فعليه حدان لهما : فيخرج من حد الاجنبية بالبينة خاصة ومن حد الزوجة بالبينة أو اللعان ، وان قذفهما بكلمة فكذلك ، الا أنه اذا لم يلاعن ولم تقم بينة فهل يحد لهما حداً واحداً أو حدين على روايتين .

احداهما : يحد حداً واحداً ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في القديم : وزاد

ابو حنيفة سواء كان بكلمة أو بكلمات لأنهما حدود من جنس فوجب أن تتداخل كحدود الزنا .

والثانية ان طالبوا مجتمعين فحد واحد وان طالبوا متفرقين فلكل واحد حد لأنهم اذا اجتمعوا فى الطلب أمكن ايفاؤهم بالحد الواحد ، واذا تفرقوا لم يمكن جعل الحد الواحد ايفاء لمن لم يطالب ، لانه لا يجوز اقامة الحد له قبل المطالبة منه وقال الشافعى فى الحد : يقام لكل واحد حد بكل حال لانها حقوق لآدميين فلم تتداخل كالديون .

ولنا أنه اذا قذفهما بكلمة واحدة يجزىء حد واحد لأنه يظهر كذبه فى قذفه وبراءة عرضهما من رميه بحد واحد فأجزأ ، كما لو كان القذف لواحد ، واذا قذفهما بكلمتين وجب حدان لانهما قذفان لشخصين فوجب لكل واحد حد ، كما لو قذف الثانى بعد حد الاول . وهكذا الحكم فيما اذا قذف أجنبيتين أوأجنبيات فالتفصيل فيه على ما ذكرناه ، وان قذف أربع نسائه فالحكم فى الحد كذلك ، وان أراد اللعان فعليه أن يلاعن لكل واحدة لعانا مفرداً ويبدأ بلعان التى تبدأ بالمطالبة ، فإن طالبن جميعا وتشاححن بدأ بإحداهن بالقرعة وان لم يتشاححن بدأ بلعان من شاء منهن ، ولو بدأبواحدة منهن من غير قرعة مع المشاحة صح ، ويحتمل أن يجزئه لعان واحد فيقول : أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميت به كل واحدة من زوجاتى هؤلاء الاربع من الزنا ، وتقول كل واحدة : أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا لانه يحصل المقصود بذلك ، والاول أصح لان اللعان أيمان فلا تتداخل لجماعة كالأيمان فى الديون

( فصل ) ولو قال لزوجته يا زانية بنت الزانية فقد قذفها وقذف أمها بكلمتين والحكم فى الحد لهما على مامضى من التفصيل فيه ، فإن اجتمعا فى المطالبه فى أيتهما يتقدم ؟ فيه وجهان

أحدهما : الأم ، لأن حقها آكد لكونه لا يسقط الا بالبينة ، ولأن لها فضيلة الامومة

والثانى تقديم البنت ، لانه بدأ بقذفها ، ومتى حد لإحداهما ثم وجب عليه الحد للأخرى لم يحد حتى يبرأ جلده من حد الاولى ، فإن قيل ان الحد ههنا حق لآدمى

فلم لا يوالى بينهما كالقصاص ، فإنه لو قطع يدى رجلين قطعنا يديه لهما ولم تؤخره؟ قلنا لأن حد القذف لا يتكرر بتكرر سببه قبل إقامة حده فالموالاة بين حدين فيه تخرجه عن موضوعه . والقصاص يجوز أن تقطع الأطراف كلها فى قصاص واحد ، فإذا جاز لواحد فلإثنين أولى .

( فصل ) وإن قذف محصنا مرات فحد واحد رواية واحدة . سواء قذفه بزنا آخر أو كرر القذف بالأول لانهما حدان ترادف سببهما فتداخلا كالزنا مراراً ، وإن قذفه فحد له ثم قذفه مرة أخرى بذلك الزنا فلا حد عليه لأنه قد تحقق كذبه فيه بالحد فلا حاجة إلى إظهار كذبه فيه ثانيا ، ولما جلد عمر أبا بكرة حين شهد على المغيرة بن شعبة أعاد قذفه ، فهمّ عمر بإعادة الحد عليه . فقال له على إن جلدته فارجم صاحبه فتركه ، ولكنه يعزر تعزير السب والشتم .

وذكر القاضى أن فيه رواية أخرى أن عليه الحد ثانيا لأنه قذف ثان بعد إقامة الحد عليه . فأشبه ما لو قذفه بزنا ثان : وأما إن قذفه بزنا آخر فعليه حد آخر لأنه قذف لمحصن لم يحد فيه فوجب أن يتعقبه الحد كالاول ، ولان سبب الحد وجد بعد إقامته فأعيد عليه كالزنا والسرقة .

وعن أحمد رواية أخرى : لا حد عليه فى الثانى لانه حد لصاحبه مرة فلا يعاد عليه الحد كما لو قذفه بالزنا الاول . وعلى هذه الرواية يعزر تعزير السب والشتم . وهذه الرواية الثانية فيما إذا تقارب القذف الثانى من الحد ، فأما اذا تباعد زمانهما وجب الحد بكل حال ، لانه لا يجوز أن يكون حده مرة من أجله فوجب إطلاق عرضه له . ومذهب الشافعى فى هذا كمذهبنا إلا أنهم حكوا عن الشافعى فيما اذا أعاد القذف بزنا ثان قبل اقامة الحد قولين

أحدهما : يجب حد واحد

والثانى يجب حدان . فأما ان قذف أجنبية ثم تزوجها ثم قذفها ، فعليه الحد للقذف الاول ولا شىء عليه للثانى فى قول أبى بكر . وحكى نحو ذلك عن الزهرى والثورى وأصحاب الرأى لانه لو قذف أجنبية قذفين لم يجب عليه أكثر من حد واحد ، واختار القاضى أنه ان قذفها بالزنا الاول لم يكن عليه أكثر من حد واحد وليس له اسقاطه الا بالبينة . وان قذفها بزنا آخر فهو على الروايتين فيما اذا قذف،

الاجنبية ثم حد لها ثم قذفها بزنا آخر، فإن قلنا يجب حدان فطالبت المرأة بموجب القذف الاول فأقام به بينة سقط عنه حده ولم يجب فى الثانى حد لانها غير محصنة وإن لم يقم بينة حد لها، ومتى طالبته بموجب الثانى فأقام به بينة أو لاعنها سقط وإلا وجب عليه الحد أيضا، لأن هذا القذف موجبه غير موجب الاول. فإن الاول موجبه الحد على الخصوص، والثانى موجبه اللعان والحد، وان بدأت بالمطالبة بموجب الثانى فأقام بينة به أو لاعن سقط حده ولها المطالبة بموجب الاول، فإن أقام به بينة وإلا حد.

قال القاضى: ان أقام بالثانى بينة سقط موجب الاول، وهو مذهب الشافعى لانها صارت غير محصنة ولا يثبت لها حد المحصنات.

ولنا أن سقوط احصانها فى الثانى لا يوجب سقوطه فيما قبل ذلك كما لو استوفى حده قبل اقامة البينة. ولعل هذا ينبنى على ما اذا قذف رجلا فلم يقم الحد على القاذف حتى زنى المقذوف، وان لم يقم بينة عليهما ولم يلتعن للثانى لم يجب الا حد واحد، نص عليه أحمد. ولانهما حدان من جنسين ترادفا فلم يقم أحدهما فتداخلا، كما لو قذفها وهى أجنبية قذفين، ولو قذف زوجته فحد لها ثم أعاد قذفها بذلك الزنا لم يحد لها لما ذكرنا فى اعادة قذف الاجنبى لكن يعزر للأذى والسب وليس له اسقاط التعزير باللعان لانه تعزير سب لا تعزير قذف الا على الرواية التى تلزم الاجنبى حدان بإعادة القذف فإنه يلزمه ههنا حد وله اسقاطه باللعان. وان ولد له ولد بعد حده فذكر أنه من ذلك الزنا فله اللعان لإسقاطه على كلتا الروايتين لانه محتاج الى نفيه

وان قذفها فى الزوجية قذفين بزنايين فليس عليه الا حد واحد ويكفيه لعان واحد لانه يمين. فاذا كان الحقان لواحد كفته يمين واحدة لكنه يحتاج ان يقول أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنايين، وفارق ما اذا قذف زوجتين حيث لا يكفيه لعان واحد، لان اليمين وجبت لكل واحد منهما فلا تتداخل كسائر الايمان. وان اقام البينة بالاول سقط عنه موجب الثانى لانه زال احصانها ولا لعان الا أن يكون فيه نسب يريد نفيه، وان أقامها بالثانى لم يسقط الحد الاول وله اسقاطه باللعان الا على قول القاضى فانه يسقط باقامة البينة

على الثانى ، وان قذفها فى الزوجية ولاعنها ثم قذفها بالزنا الاول فلا حد عليه لانه قد حققه بلعانه ، ويحتمل أن يحد كما لو قذفها به أجنبى ، وهو قول القاضى . ولو قذفها به أجنبى أو بزنا غيره فعليه الحد فى قول عامة أهل العلم ، منهم ابن عباس والزهرى والشعبى والنخعى وقتادة ومالك والشافعى وأبو عبيد ، وذكر ابو عبيد عن أصحاب الرأى انهم قالوا . ان لم ينف بلعانها ولدأ حد قاذفها وان نفاه فلا حد على قاذفها لانه منتف عن زوجها بالشرع

ولنا ما روى ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال « من رماها أو ولدها فعليه الحد » رواه ابو داود ، وهذا نص فإنه نص على من رماها ، مع أن ولدها منفى عن الملاعن شرعا ، ولانه لم يثبت زناها ولا زال احصانها فيلزم قاذفها الحد بقوله تعالى ( والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ) وكما لو لم ينف ولدها

فأما ان أقام بينة فقذفها قاذف بذلك الزنا أو بغيره فلا حد عليه لانه قد زال احصانها ، ولان هذا القذف لم يدخل المعرة عليها ، وانما دخلت المعرة بقيام البينة ولكنه يعزر تعزير السب والاذى ، وهكذا كل من قامت البينة بزناه لا حد على قاذفه ، وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى ولكنه يعزر تعزير السب والاذى ولا يملك الزوج اسقاطه عن نفسه باللعان لما قدمناه وان قذف زوجته ولاعنها ثم قذفها بزنا آخر فعليه الحد لانها بانت منه باللعان وصارت أجنبية الا أن يضيف الزنا الى حال الزوجية فعند ذلك ان كان ثم نسب يريد نفيه فله الملاعنة لنفيه والا لزمه الحد ولا لعان بينهما

« مسألة » قال ( فإن التعن هو ولم تلتعن هى فلا حد عليها والزوجية بحالها )

وجملة ذلك أنه اذا لاعنها وامتنعت من الملاعنة فلا حد عليها ، وبه قال الحسن والاوزاعى وأصحاب الرأى ، وروى ذلك عن الحارث العكلى وعطاء الخراسانى وذهب مكحول والشعبى ومالك والشافعى وابو عبيد وابو ثور وابو اسحاق الجوزجانى وابن المنذر الى ان عليها الحد لقول الله تعالى ( ويدرأ عنها العذاب ان تشهد أربع شهادات ) والعذاب الذى يدرأه لعانها هو الحد المذكور فى قوله

سبحانه ( وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ) ولأنه بلعانه حقق زناها فوجب عليها الحد كما لو شهد عليها أربعة

ولنا : أنه لم يتحقق زناها فلا يجب عليها الحد كما لو لم يلاعن . ودليل ذلك أن تحقيق زناها لا يخلو إما أن يكون بلعان الزوج أو بنكولها أو بهما لا يجوز أن يكون بلعان الزوج وحده لأنه لو ثبت زناها به لما سمع لعانها ولا وجب الحد على قاذفها ولأنه إما يمين واما شهادة وكلاهما لا يثبت له الحق على غيره ولا يجوز أن يثبت بنكولها لان الحد لا يثبت بالنكول فإنه يدرأ بالشبهات فلا يثبت بها ، وذلك لان النكول يحتمل ان يكون لشدة خفرها أو لعقلة على لسانها أو غير ذلك فلا يجوز اثبات الحد الذى اعتبر فى بينته من العدد ضعف ما اعتبر فى سائر الحدود واعتبر فى حقهم ان يصفوا صورة الفعل وان يصرحوا بلفظه ، وغير ذلك مبالغة فى نفى الشبهات عنه وتوسلا الى اسقاطه ، ولا يجوز ان يقضى فيه بالنكول الذى هو فى نفسه شبهة لا يقضى به فى شيء من الحدود ولا العقوبات ولا ما عدا الاموال ، مع ان الشافعى لا يرى القضاء بالنكول فى شيء فكيف يقضى به فى أعظم الامور وأبعدها ثبوتا وأسرعها سقوطا ، ولأنها لو أقرت بلسانها ثم رجعت لم يجب عليها الحد فلأن لا يجب بمجرد امتناعها من اليمين على براءتها أولى

ولا يجوز أن يقضى فيه بهما لأن مالا يقضى فيه باليمين المفردة لا يقضى فيه باليمين مع النكول كسائر الحقوق . ولان ما فى كل واحد منهما من الشبهة لا ينتفى بضم أحدهما الى الآخر فان احتمال نكولها لفرط حيائها وعجزها عن النطق باللعان فى مجمع الناس لا يزول بلعان الزوج . والعذاب يجوز أن يكون الحبس أو غيره فلا يتعين فى الحد . وان احتمل أن يكون هو المراد فلا يثبت الحد بالاحتمال ، وقد يرجح ما ذكرناه بقول عمر رضى الله عنه ان الحد على من زنا وقد أحصن اذا كانت بينة أو كان الحمل أو الاعتراف ، فذكر موجبات الحد ولم يذكر اللعان

واختلفت الرواية : فيما يصنع بها فروى أنها تحبس حتى تلتعن أو تقر أربعا قال أحمد . فإن أبت المرأة أن تلتعن بعد التعان الرجل أجبرتها عليه وهبت أن

أحكم عليها الرجم لأنها لو أقرت بلسانها لم أرجمها إذا رجعت فكيف إذا أبت اللعان ؟ ولا يسقط النسب إلا بالتعانهما جميعا لأن الفراش قائم حتى تلتعن والولد للفراش . قال القاضي : هذه الرواية أصح وهذا قول من وافقنا فى أنه لا حد عليها وذلك لقول الله تعالى ( ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله ) فيدل على أنها إذا لم تشهد لا يندرىء عنها العذاب .

والرواية الثانية : يخلى سبيلها وهو قول أبى بكر لأنه لم يجب عليها الحد فيجب تخلية سبيلها كما لو لم تكمل البينة . فأما الزوجية فلا تزول والولد لا ينتفى مالم يتم اللعان بينهما فى قول عامة أهل العلم إلا الشافعى فانه قضى بالفرقة ونفى الولد بمجرد لعان الرجل وقد ذكرنا ذلك .

( مسألة ) قال ( وكذلك ان أقرت دون الأربع مرات )

وجملته : أن الرجل إذا قذف امرأته فصدقته وأقرت بالزنا مرة أو مرتين أو ثلاثا لم يجب عليها الحد لأنه لا يثبت إلا بإقرار أربع مرات على ما يذكر فى الحدود ثم ان كان تصديقها له قبل لعانه فلا لعان بينهما لأن اللعان كالبينة إنما يقام مع الانكار ، وان كان بعد لعانه لم تلاعن هى لأنها لا تحلف مع الاقرار وحكمها حكم ما لو امتنعت من غير إقرار . وبهذا قال أبو حنيفة

وقال الشافعى : ان صدقته قبل لعانه فعليها الحد وليس له أن يلاعن إلا أن يكون ثم نسب ينفيه فيلاعن وحده وينتفى النسب بمجرد لعانه فإن كان بعد لعانه فقد انتفى النسب ولزمها الحد بناء على أن النسب ينتفى بمجرد لعانه وتقع الفرقة ويجب الحد فإن الحد بإقرار مرة وهذه الأصول قد مضى أكثرها ولو أقرت أربعا وجب الحد ولا لعان بينهما إذا لم يكن ثم نسب ينفى ، وإن رجعت سقط الحد عنها بغير خلاف علمناه ، وبه يقول الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى . فإن الرجوع عن الإقرار بالحد مقبول وليس له أن يلاعن للحد فإنه لم يجب عليه لتصديقها اياه وان أراد لعانها لنفى نسب فظاهر قول الخرقى إنه ليس له ذلك فى جميع هذه الصور . وهو قول أصحاب الرأى .

وقال الشافعى : له لعانها لنفى النسب فيها كلها لأنها لو كانت عفيفة صالحة

فكذبته ملك نفي ولدها فإذا كانت فاجرة فصدقته فلأن يملك نفي ولدها أولى ووجه الأول أن نفي الولد إنما يكون بلعانهما معا وقد تعذر اللعان منهما ولأنها لا تستحلف على نفي ما تقر به فتعذر نفي الولد لتعذر سببه كما لو مات بعد القذف وقبل اللعان .

( فصل ) ولو قال لامرأته يا زانية فقالت بك زنيت فلا حد عليها ولا عليه وقال أصحاب الشافعي . عليه حد القذف لأنه يحتمل أنها أرادت بذلك نفي الزنا عن نفسها كما يستعمل أهل العرف فيها إذا قال قائل سرقت قال معك سرقت أي أنا لم أسرق لكونك أنت لم تسرق .

ولنا أنها صدقته في قذفه إياها فأشبه ما لو قال صدقت ولا حد عليها لأن حد الزنا لا يثبت إلا بالاقرار أربع مرات وليس عليها حد القذف لانها لم تقذفه وإنما اقرت على نفسها بزناها به ويمكن ذلك من غير كونه زانيا بأن يظنها زوجته وهي عالمة انه اجنبي ولأنه يحتمل ان تريد نفي ذلك عنهما كما ذكروه او انه لم يطأني سواك فان لم يكن زنا فأنت شريكي فيه ولا يجب الحد مع الاحتمال ولا يلزم من سقوطه عن الرجل بظاهر تصديقها وجوبه عليها مع الاحتمال فان الحد يدرأ بالشبهات ولا يجب بها .

ولو قال يا زانية فقالت انت ازنى مني ، فقال ابو بكر فيها كالتي قبلها لا حد على الزوج بتصديقها له ولا على المرأة لما ذكرنا في التي قبلها .

وقال الشافعي وابو ثور واصحاب الرأي ليس قولها قذفا قال الشافعي إلا ان تريد القذف لانه يحتمل ان تريد انه اصابني وهو زوجي فان كان ذلك فهو ابلغ مني فيه ، وقال القاضي : عليها حد لقذفها ولا حد عليه لتصديقها اياه وقد اتت بصريح قذفه بالزنا فوجب عليها الحد كما لو قالت انت زان والاحتمال مع التصريح بالقذف لا يمنع الحد كما لو قالت انت زان ، فأما ان قال يا زانية فقالت بل انت زان فكل واحد منهما قاذف لصاحبه عليه حد القذف لان المرأة لا تملك اسقاط حدها الا بالبينة والزوج يملك اسقاطه ببينة او لعان .

# كتاب العدد

الأصل في وجوب العدة الكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب فقول الله تعالى : والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ) وقوله سبحانه ( واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ، وقوله تعالى : والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ) .

وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » وقال لفاطمة بنت قيس « اعتدي في بيت ابن أم مكتوم » في آي وأحاديث كثيرة وأجمعت الأمة على وجوب العدة في الجملة . وانما اختلفوا في أنواع منها وأجمعوا على أن المطلقة قبل المسيس لا عدة عليها لقول الله تعالى ( يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا ) ولأن العدة تجب لبراءة الرحم وقد تيقناها ههنا ، وهكذا كل فرقة في الحياة كالفسخ لرضاع أو عيب أو عتق أو لعان أو اختلاف دين .

( فصل ) وتجب العدة على الذمية من الذمي والمسلم . وقال أبو حنيفة : ان لم تكن من دينهم لم تلزمها لأنهم لا يخاطبون بفروع الدين .

ولنا عموم الآيات ولأنها بائن بعد الدخول أشبه المسلمة وعدتها كعدة المسلمة في قول علماء الأمصار منهم مالك والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي ومن تبعهم إلا ما روى عن مالك أنه قال تعتد من الوفاة بحيضة .

ولنا عموم قول الله تعالى ( والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ) ولأنها معتدة من الوفاة أشبهت المسلمة .

( فصل ) والمعتدات ثلاثة أقسام :

معتدة بالحمل . وهي كل امرأة حامل من زوج إذا فارقت زوجها بطلاق

أو فسخ أو موته عنها حرة كانت أو أمة مسلمة او كافرة فعدتها بوضع الحمل ولو بعد ساعة لقول الله تعالى ( وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن ) .

والثانى معتدة بالقروء . وهى كل معتدة من فرقة فى الحياة أو وطء فى غير نكاح إذا كانت ذات قرء فعدتها القرء لقول الله تعالى ( والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ) .

والثالث معتدة بالشهور . وهى كل من تعتد بالقرء إذا لم تكن ذات قرء لصغر أو يأس لقول الله تعالى ( واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن ) وذات القرء إذا ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه اعتدت بتسعة أشهر للحمل، وعدة الآيسة وكل من توفى عنها زوجها ولا حمل بها قبل الدخول أو بعده حرة أو أمة فعدتها بالشهور لقول الله تعالى ( والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ) .

## فصل

وكل فرقة بين زوجين فعدتها عدة الطلاق سواء كانت بخلع أو لعان أو رضاع أو فسخ بعيب أو اعسار أو اعتاق أو اختلاف دين او غيره فى قول اكثر اهل العلم وروى عن ابن عباس ان عدة الملاعنة تسعة اشهر وابى ذلك سائر اهل العلم وقالوا عدتها عدة الطلاق لأنها مفارقة فى الحياة فأشبهت المطلقة واكثر اهل العلم يقولون عدة المختلعة عدة المطلقة منهم سعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله وعروة وسليمان ابن يسار وعمر بن عبد العزيز والحسن والشعبى والنخعى والزهرى وقتادة وخلاس ابن عمرو وابو عياض ومالك والليث والأوزاعى والشافعى .

وروى عن عثمان بن عفان وابن عمر وابن عباس وابان بن عثمان وإسحاق وابن المنذر ان عدة المختلعة حيضة ، ورواه ابن القاسم عن احمد لما روى ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فجعل النبى صلى الله عليه وسلم عدتها حيضة ، رواه النسائى ، وعن ربيع بنت معوذ مثل ذلك وان عثمان قضى به رواه النسائى وابن ماجه .

ولنا قول الله تعالى ( والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ) ولأنها فرقة بعد الدخول فى الحياة فكانت ثلاثة قروء كغير الخلع وقول النبى صلى الله عليه وسلم

« قرء الأمة حيضتان » عام ، وحديثهم يرويه عكرمه مرسلا ، قال أبو بكر هو ضعيف مرسل ، وقول عثمان وابن عباس قد خالفه قول عمر وعلى فإنهما قالا عدتها ثلاث حيض وقولهما أولى ، وأما ابن عمر فقد روى مالك عن نافع عنه أنه قال عدة المختلعة عدة مطلقة وهو أصح عنه .

( فصل ) والموطوءة بشبهة تعتد عدة المطلقة وكذلك الموطوءة فى نكاح فاسد وبهذا قال الشافعى لأن وطء الشبهة وفى النكاح الفاسد فى شغل الرحم ولحوق النسب كالوطء فى النكاح الصحيح فكان مثله فيما تحصل به البراءة وان وطئت المزوجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل انقضاء عدتها كيلا يفضى الى اختلاط المياه واشتباه الأنساب وله الاستمتاع منها بما دون الفرج فى أحد الوجهين لأنها زوجة حرم وطؤها لعارض مختص بالفرج فأبيح الاستمتاع منها بما دونه كالحائض

( فصل ) والمزنى بها كالموطوءة بشبهة فى العدة ، وبهذا قال الحسن والنخعى وعن أحمد رواية أخرى أنها تستبرأ بحيضة ذكرها ابن أبى موسى ، وهذا قول مالك ، وروى عن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما لا عدة عليها . وهو قول الثورى والشافعى وأصحاب الرأى لأن العدة لحفظ النسب ولا يلحقه نسب . وقد روى عن على رضى الله عنه ما يدل على ذلك

ولنا . أنه وطء يقتضى شغل الرحم فوجبت العدة منه كوطء الشبهة . وأما وجوبها كعدة المطلقة فلأنها حرة فوجب استبراؤها بعدة كاملة كالموطوءة بشبهة وقولهم إنما تجب لحفظ النسب لا يصح فإنها لو اختصت بذلك لما وجبت على الملاعنة المنفى ولدها والآيسة والصغيرة ولما وجب استبراء الأمة التى لا يلحق ولدها بالبائع ولو وجبت لذلك لكان استبراء الأمة على البائع ثم لو ثبت أنها وجبت لذلك فالحاجة اليها داعية فإن المزنى بها اذا تزوجت قبل الاعتداد اشتبه ولد الزوج بالولد من الزنا فلا يحصل حفظ النسب .

« مسألة » قال رحمه الله تعالى ( واذا طلق الرجل زوجته وقد خلا بها فعدتها ثلاث حيض غير الحيضة التى طلقها فيها )

فى هذه المسألة ثلاثة فصول أحدها : أن العدة تجب على كل من خلا بها

زوجها وإن لم يمسها ، ولا خلاف بين أهل العلم فى وجوبها على المطلقة بعد المسيس فأما ان خلا بها ولم يصبها ثم طلقها فإن مذهب أحمد وجوب العدة عليها . وروى ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر ، وبه قال عروة وعلى بن الحسين وعطاء والزهرى والثورى والأوزاعى واسحاق وأصحاب الرأى والشافعى فى قديم قوليه وقال الشافعى فى الجديد : لا عدة عليها لقوله تعالى ( يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ) وهذا نص ، ولأنها مطلقة لم تمس ، فأشبهت من لم يخل بها

ولنا اجماع الصحابة . روى الامام أحمد والأثرم بإسنادهما عن زرارة بن أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى ستراً أو أغلق باباً فقد وجب المهر ووجبت العدة ، ورواه الأثرم أيضا عن الأحنف عن عمر وعلى . وعن سعيد بن المسيب عن عمر وزيد بن ثابت ، وهذه قضايا اشتهرت فلم تنكر فصارت اجماعاً ، وضعف أحمد ما روى فى خلاف ذلك ، وقد ذكرناه فى كتاب الصداق ، ولأنه عقد على المنافع ، فالتمكين فيه يجرى مجرى الاستيفاء فى الأحكام المتعلقة كعقد الاجارة ، والآية مخصوصة بما ذكرناه ، ولا يصح القياس على من لم يخل بها لأنه لم يوجد منها التمكين .

( فصل ) وظاهر كلام الخرقى أنه لا فرق بين أن يخلو بها مع المانع من الوطء أو مع عدمه . سواء كان المانع حقيقيا كالجب والعنة والفتق والرتق ، أو شرعياً كالصوم والاحرام والحيض والنفاس والظهار ، لان الحكم علق ههنا على الخلوة التى هى مظنة الاصابة دون حقيقتها ، ولهذا لو خلا بها فأتت بولد لمدة الحمل لحقه نسبه وان لم يطأ .

وقد روى عن أحمد أن الصداق لا يكمل مع وجود المانع فكذلك يخرج فى العدة ، وروى عنه أن صوم شهر رمضان يمنع كمال الصداق مع الخلوة ، وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكداً كالاحرام وشبهه منع كمال الصداق ، ولم تجب العدة لان الخلوة انما أقيمت مقام المسيس لأنها مظنة له ، ومع المانع لا تتحقق المظنة .

وأما ان خلا بها وهى صغيرة لا يمكن وطؤها أو كان أعمى فلم يعلم بها فلا عدة عليها ولا يكمل صداقها ، لان المظنة لا تتحقق مع ظهور استحالة المسيس

## الفصل الثاني

ان عدة المطلقة اذا كانت حرة وهي من ذوات القروء ثلاثة قروء بلا خلاف بين أهل العلم ، وذلك لقول الله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثه قروء ، والقرء في كلام العرب يقع على الحيض والطهر جميعا فهو من الاسماء المشتركة . قال أحمد بن يحيي ثعلب : القروء الاوقات ، الواحد قرء وقد يكون حيضا وقد يكون طهراً لان كل واحد منهما يأتي لوقت . قال الشاعر :

كرهت العقر عقر بني تميم اذا هبت لقارئها الرياح

يعني لوقتها ، وقال الخليل بن أحمد: يقال أقرأت المرأة اذا دنا حيضها وأقرأت اذا دنا طهرها . وفي الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم « دعي الصلاة أيام اقرائك فهذا الحيض » وقال الشاعر .

مورثة عزا وفي الحي رفعة لما ضاع فيها من قروء نسائكا

فهذا الطهر . واختلف أهل العلم في المراد بقوله سبحانه ( يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ) واختلفت الرواية في ذلك عن أحمد ، فروى أنها الحيض ، روى ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وسعيد بن المسيب والثوري والاوزاعي والعنبري واسحاق وأبي عبيد وأصحاب الرأى ، وروى ذلك عن ابي بكر الصديق وعثمان ابن عفان رضى الله عنهما وأبي موسى وعبادة بن الصامت وأبي الدرداء .

قال القاضي : الصحيح عن أحمد أن الاقراء الحيض ، واليه ذهب أصحابنا ورجع عن قوله بالاطهار ، فقال في روايه النيسابوري : كنت أقول انه الاطهار وأنا أذهب اليوم الى أن الاقراء الحيض ، وقال في رواية الاثرم : كنت أقول الاطهار ثم وقفت لقول الاكابر

والرواية الثانية عن أحمد أن القروء الاطهار ، وهو قول زيد وابن عمر وعائشة وسليمان بن يسار والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وأبان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز والزهري ومالك والشافعي وأبي ثور ، وقال ابو بكر بن عبد الرحمن ما أدركت أحداً من فقهائنا الا وهو يقول ذلك ، قال ابن عبد البر رجع أحمد الى أن القروء الاطهار ، قال في رواية الاثرم : رأيت الاحاديث عمن قال القروء الحيض تختلف والاحاديث عمن قال انه أحق بها حتى تدخل في الحيضة الثالثة

أحاديثها صحاح وقوية ، واحتج من قال ذلك بقول الله تعالى ( فطلقوهن لعدتهن ) أي في عدتهن ، كقوله تعالى ( ونضع الموازين القسط ليوم القيامة ) أي في يوم القيامة . وإنما أمر بالطلاق في الطهر لا في الحيض ، ويدل عليه قول النبي ( ص ) في حديث ابن عمر « مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، فإن شاء طلق وإن شاء أمسك . فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء » متفق عليه . وفي رواية ابن عمر « فطلقوهن في قبل عدتهن » ولأنها عدة عن طلاق مجرد مباح فوجب أن يعتبر عقيب الطلاق وكعدة الآيسة والصغيرة

ولنا قول الله تعالى ( واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن ) فنقلهن عند عدم الحيض الى الاعتداد بالاشهر فدل ذلك على أن الاصل الحيض كما قال تعالى ( فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً ) الآية . ولان المعهود في لسان الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض ، قال النبي صلى الله عليه وسلم « تدع الصلاة أيام اقرائها » رواه أبو داود . وقال لفاطمة بنت ابي حبيش « انظري فإذا أتى قرؤك فلا تصلي وإذا مر قرؤك فتطهري ثم صلي ما بين القرء إلى القرء » رواه النسائي ولم يعهد في لسانه استعماله بمعنى الطهر في موضع ، فوجب أن يحمل كلامه على المعهود في لسانه .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « طلاق الأمة طلقتان وقرؤها حيضتان » رواه أبو داود وغيره ، فإن قالوا هذا يرويه مظاهر بن مسلم وهو منكر الحديث قلنا قد رواه عبد الله بن عيسى عن عطية العوفي عن ابن عمر . كذلك أخرجه ابن ماجة في سننه وأبو بكر الخلال في جامعه . وهو نص في عدة الأمة فكذلك عدة الحرة . ولان ظاهر قوله تعالى ( يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ) وجوب التربص ثلاثة كاملة ، ومن جعل القروء الاطهار لم يوجب ثلاثة لأنه يكتفي بطهرين وبعض الثالث فيخالف ظاهر النص ، ومن جعله الحيض أوجب ثلاثة كاملة فيوافق ظاهر النص فيكون أولى من مخالفته ، ولأن العدة استبراء فكانت بالحيض كاستبراء الأمة . وذلك لان الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل ، والذي يدل عليه الحيض فوجب أن يكون الاستبراء به . فإن قيل لا نسلم أن استبراء الأمة بالحيضة وإنما هو بالطهر الذي قبل الحيضة . كذلك قال

ابن عبد البر : وقال قولهم ان استبراء الأمة حيضة بإجماع ، ليس كما ظنوا ، بل جائز لها عندنا أن تنكح اذا دخلت في الحيضة واستيقنت أن دمها دم حيض كذلك قال اسماعيل بن اسحاق ليحيي بن أكثم حين دخل عليه في مناظرته اياه ، قلنا هذا يرده قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » ولان الاستبراء تعرف براءة الرحم ، وانما يحصل بالحيضة لا بالطهر الذي قبلها ، ولان العدة تتعلق بخروج خارج من الرحم فوجب أن تتعلق بالطهر كوضع الحمل ، يحققه أن العدة مقصودها معرفة براءة المرأة من الحمل ، فتارة تحصل بوضعه وتارة تحصل بما ينافيه ، وهو الحيض الذي لا يتصور وجوده معه . فأما قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) فيحتمل انه أراد قبل عدتهن اذ لا يمكن حمله على الطلاق في العدة ضرورة ان الطلاق سبق العدة لكونه سببها . والسبب يتقدم على الحكم فلا يوجد قبله والطلاق في الطهر تطليق قبل العدة اذا كانت الاقراء الحيض .

الفصل الثالث : أن الحيضة التي طلق فيها لا تحسب من عدتها بغير خلاف بين أهل العلم لأن الله تعالى أمر بثلاثة قروء فتناول ثلاثة كاملة والتي طلق فيها لم يبق منها ما تتم به مع اثنتين ثلاثة كاملة فلا يعتد بها ، ولأن الطلاق إنما حرم في الحيض لما فيه من تطويل العدة عليها فلو احتسبت بتلك الحيضة قرءاً كان أقصر لعدتها وأنفع لها فلم يكن محرما ومن قال القروء الإطهار احتسب لها بالطهر الذي طلقها فيه قرءاً فلو طلقها وقد بقي من قرئها لحظة حسبها قرءاً وهذا قول كل من قال القروء الإطهار إلا الزهري وحده قال تعتد بثلاثة قروء سوى الطهر الذي طلقها فيه ، وحكي عن أبي عبيد أنه إن كان جامعها في الطهر لم يحتسب ببقيته لأنه زمن حرم فيه الطلاق فلم يحتسب به من العدة كزمن الحيض .

ولنا أن الطلاق حرم في زمن الحيض دفعاً لضرر تطويل العدة عليها فلو لم يحتسب ببقية الطهر قرءاً كان الطلاق في الطهر أضر بها وأطول عليها ، وما ذكر عن أبي عبيد لا يصح لأن تحريم الطلاق في الحيض لكونها لاتحتسب ببقيته فلا يجوز أن تجعل العلة في عدم الاحتساب تحريم الطلاق فتصير العلة معلولا وإنما

تحريم الطلاق فى الطهر الذى أصابها فيه لكونها مرتابة ، ولكونه لا يأمن الندم بظهور حملها ، فأما ان انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر فإن الطلاق يقع فى أول الحيضة ويكون محرما ولا تحتسب بتلك الحيضة من عدتها وتحتاج أن تعتد بثلاث حيض بعدها أو ثلاثة أطهار على الرواية الاخرى ، ولو قال لها أنت طالق فى آخر طهرك أو فى آخر جزء من طهرك أو انقضت حروف الايقاع ولم يبق من الطهر الا زمن الوقوع فإنها لا تحتسب بالطهر الذى وقع فيه الطلاق ، لان العدة لا تكون الا بعد وقوع الطلاق وليس بعده طهر تعتد به ولا يجوز الاعتداد بما قبله ولا بما قاربه ، ومن جعل القرء الحيض اعتد لها بالحيضة التى تلى الطلاق لانها حيضة كاملة لم يقع فيها طلاق فوجب أن تعتد بها قرءاً ، وان اختلفا فقال الزوج وقع الطلاق فى أول الحيض وقالت بل فى آخر الطهر ، أو قال انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر وقالت بل وقد بقى منه بقية فالقول قولها لأن قولها مقبول فى الحيض وفى انقضاء العدة .

« مسألة » قال ( فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للأزواج )

حكى أبو عبد الله بن حامد فى هذه المسأله روايتين .

إحداهما انها فى العدة مالم تغتسل فيباح لزوجها ارتجاعها ولا يحل لغيره نكاحها قال أحمد : عمر وعلى وابن مسعود يقولون : قبل أن تغتسل من الحيضة الثالثة ، وروى ذلك عن سعيد بن المسيب والثورى وإسحاق ، وروى ذلك عن أبى بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبى موسى وعبادة وأبى الدرداء رضى الله عنهم ، قال شريك له الرجعة وان فرطت فى الغسل عشرين سنة .

قال أبو بكر : وروى عن أبى عبد الله أنها فى عدتها ولزوجها رجعتها حتى يمضى وقت الصلاة التى طهرت فى وقتها ، وهذا قول الثورى ، وبه قال أبو حنيفة اذا انقطع الدم لدون أكثر الحيض ، فإن انقطع لأكثره انقضت العدة بانقطاعه ووجه اعتبار الغسل قول الاكثرين من الصحابة ولا مخالف لهم فى عصرهم فيكون إجماعا ، ولأنها ممنوعة من الصلاة بحكم حدث الحيض فأشبهت الحائض ،

والرواية الثانية : أن العدة تنقضي بطهرها من الحيضة الثالثة وانقطاع دمها اختاره أبو الخطاب ، وهو قول سعيد بن جبير والأوزاعي والشافعي في القديم لأن الله تعالى قال : (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وقد كملت القروء بدليل وجوب الغسل عليها ووجوب الصلاة وفعل الصيام وصحته منها ، ولأنه لم يبق حكم العدة في الميراث ووقوع الطلاق بها واللعان والنفقة فكذلك فيما نحن فيه .
قال القاضي : إذا شرطنا الغسل أفاد عدمه إباحة الرجعة وتحريمها على الأزواج ، فأما سائر الاحكام فإنها تنقطع بانقطاع دمها

(فصل) وإن قلنا القروء الاطهار فطلقها وهي طاهر انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الثالثة وإن طلقها حائضاً انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الرابعة وهذا قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وأبان بن عثمان ومالك وأبي ثور ، وهو ظاهر مذهب الشافعي

وحكى عنه قول آخر لا تنقضي العدة حتى يمضي زمن الدم يوم وليلة ، لجواز أن يكون الدم دم فساد فلا نحكم بانقضاء العدة حتى يزول الاحتمال . وحكى القاضي هذا احتمالا في مذهبنا أيضا

ولنا أن الله تعالى جعل العدة ثلاثة قروء فالزيادة عليها مخالفة للنص فلا يعول عليه ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة رواه الأثرم عنهم بإسناده . ولفظ حديث زيد بن ثابت « إذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرىء منها ولا ترثه ولا يرثها »

وقولهم إن الدم يكون دم فساد ، قلنا قد حكم بكونه حيضاً في ترك الصلاة وتحريمها على الزوج وسائر أحكام الحيض فكذلك في انقضاء العدة . ثم إن كان التوقف عن الحكم بانقضاء العدة للاحتمال ، فإذا تبين أنه حيض علمنا أن العدة قد انقضت حين رأت الدم ، كما لو قال لها إن حضت فأنت طالق

اختلف القائلون بهذا القول فمنهم من قال اليوم والليلة من العدة لأنه دم تكمل به العدة فكان منها كالذي في أثناء الأطهار ، ومنهم من قال ليس منها إنما يتبين به انقضاؤها . ولأننا لو جعلناه منها أوجبنا الزيادة على ثلاثة قروء ولكننا

تمنعها من النكاح حتى يمضى يوم وليلة ، ولو راجعها زوجها فيها لم تصح الرجعة وهذا أصح الوجهين .

« مسألة » قال ( وإن كانت أمة فإذا اغتسلت من الحيضة الثانية )

أكثر أهل العلم يقولون عدة الأمة بالقرء قرءان ، منهم عمر وعلى وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وعبد الله بن عتبة والقاسم وسالم وزيد بن أسلم والزهرى وقتادة ومالك والثورى والشافعى وإسحق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وعن ابن سيرين عدتها عدة الحرة إلا أن تكون قد مضت بذلك سنة ، وهو قول داود لقول الله تعالى ( والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء )

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « قرء الأمة حيضتان » وقد ذكرناه ، وقول عمر وعلى وابن عمر ولم نعرف لهم مخالفاً فى الصحابة فكان إجماعاً ، وهذا يخص عموم الآية ، ولانه معنى ذو عدد بنى على التفاضل فلا تساوى فيه الامة الحرة كالحد وكان القياس يقتضى أن تكون حيضة ونصفا كما كان حدها على النصف من حد الحرة ، إلا أن الحيض لا يتبعض فكمل حيضتين ، ولهذا قال عمر رضى الله عنه لو استطيع أن أجعل العدة حيضة ونصفا لفعلت . وإذا تقرر هذا فانقضاء عدتها بالغسل من الحيضة الثانية فى إحدى الروايتين وفى الاخرى بانقطاع الدم من الحيضة الثانية . وعلى الرواية التى تقول ان القروء الاطهار فانقضاء عدتها برؤية الدم من الحيضة الثانية .

« مسألة » قال ( وإن كانت من الآيسات أو ممن لم يحضن فعدتها ثلاثة أشهر )

أجمع أهل العلم على هذا لان الله تعالى ذكره فى كتابه بقوله سبحانه ( واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن ) فإن كان الطلاق فى أول الهلال اعتبر ثلاثة أشهر بالاهلة لقول الله تعالى ( يسألونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس والحج ) وقال سبحانه ( إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً فى كتاب الله يوم خلق السموات والارض منها أربعة حرم ) ولم يختلف الناس فى أن الاشهر الحرم معتبرة بالاهلة ، وإن وقع الطلاق فى أثناء الشهر اعتدت بقيته ثم اعتدت شهرين بالاهلة ثم اعتدت من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوما ، وهذا مذهب مالك والشافعى

وقال أبو حنيفة تحتسب بقية الأول وتعتد من الرابع بقدر ما فاتها من الأول تاماً كان أو ناقصاً لأنه لو كان من أول الهلال كانت العدة بالأهلة فإذا كان من بعض الشهر وجب قضاء ما فات منه ، وخرج أصحابنا وجها ثانيا أن جميع الشهور محسوبة بالعدد ، وهو قول ابن بنت الشافعي لأنه اذا حسب الأول بالعدد كان ابتداء الثاني من بعض الشهر فيجب أن يحسب بالعدد وكذلك الثالث .

ولنا : أن الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى الثلاثين ولذلك إذا غم الشهر كمل ثلاثين والأصل الهلال فإذا أمكن اعتبار الهلال اعتبروا واذا تعذر رجعوا الى العدد وفي هذا انفصال عما ذكر لأبي حنيفة ، وأما التخريج الذي ذكرناه فانه لا يلزم إتمام الشهر الأول من الثاني ويجوز أن يكون تمامه من الرابع .

( فصل . وتجب العدة من الساعة التي فارقها زوجها فيها فلو فارقها نصف الليل أو نصف النهار اعتدت من ذلك الوقت الى مثله في قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو عبد الله بن حامد لا تحتسب بالساعات وانما تحتسب بأول الليل والنهار فإذا طلقها نهاراً احتسبت من أول الليل الذي يليه ، وان طلقها ليلا احتسبت بأول النهار الذي يليه . وهذا قول مالك لأن حساب الساعات يشق فسقط اعتباره .

ولنا قول الله تعالى ( فعدتهن ثلاثة أشهر ) ولا تجوز الزيادة عليها بغير دليل ، وحساب الساعات ممكن اما يقينا واما استظهاراً فلا وجه للزيادة على ما أوجبه الله تعالى .

« مسألة » قال ( والأمة شهران )

اختلفت الروايات عن أبي عبد الله في عدة الأمة فأكثر الروايات عنه أنها شهران رواه عنه جماعة من أصحابه واحتج فيه بقول عمر رضي الله عنه . عدة أم الولد حيضتان ولو لم تحض كان عدتها شهرين رواه الأثرم عنه بإسناده وهذا قول عطاء والزهري وإسحاق وأحد قولي الشافعي لأن الأشهر بدل من القروء وعدة ذات القروء قرءان فبدلها شهران . ولأنها معتدة بالشهور عن غير الوفاة فكان عددها كعدد القرء ولو كانت ذات قرء كالحرة .

والرواية الثانية : أن عدتها شهر ونصف نقلها الميموني والأثرم واختارها

أبو بكر : وهذا قول علي رضي الله عنه ، وروى ذلك عن ابن عمر وابن المسيب وسالم والشعبي والثوري وأصحاب الرأي ، وهو قول ثان للشافعي لان عدة الامة نصف عدة الحرة وعدة الحرة ثلاثة أشهر فنصفها شهر ونصف وإنما كملنا لذات الحيض حيضتين لتعذر تبعيض الحيضة فإذا صرنا الى الشهور أمكن التنصيف فوجب المصير اليه كما في عدة الوفاة ويصير هذا كالمحرم إذا وجب عليه في جزاء الصيد نصف مد أجزأه اخراجه فإن أراد الصيام مكانه صام يوما كاملا ، ولانها عدة أمكن تنصيفها فكانت على النصف من عدة الحرة كعدة الوفاة ولأنها معتدة بالشهور فكانت على النصف من عدة الحرة كالمتوفى عنها زوجها .

والرواية الثالثة : أن عدتها ثلاثة أشهر ، وروى ذلك عن الحسن ومجاهد وعمر بن عبدالعزيز والنخعي ويحيى الانصاري وربيعة ومالك وهو القول الثالث للشافعي لعموم قوله تعالى ( فعدتهن ثلاثة أشهر ولأنه استبراء للأمة الآيسة بالشهور فكان ثلاثة أشهر كاستبراء الامة اذا ملكها أو مات سيدها ولان اعتبار الشهور ههنا للعلم ببراءة الرحم ولا يحصل هذا بدون ثلاثة أشهر في الحرة والامة جميعاً لان الحمل يكون نطفة أربعين يوما وعلقه أربعين يوما ثم يصير مضغة ثم يتحرك ويعلو بطن المرأة فيظهر الحمل ، وهذا معنى لا يختلف بالرق والحرية ولذلك كان استبراء الامة في حق سيدها ثلاثة أشهر ، ومن رد هذه الرواية قال هي مخالفة لإجماع الصحابة لانهم اختلفوا على القولين الأولين ، ومتى اختلف الصحابة على قولين لم يجز إحداث قول ثالث لأنه يفضي الى تخطئتهم ، وخروج الحق عن قول جميعهم ولا يجوز ذلك ولأنها معتدة لغير الحمل فكانت دون عدة الحرة كذات القرء المتوفى عنها زوجها .

( فصل ) واختلف عن أحمد في السن الذي تصير به المرأة من الآيسات فعنه أوله خمسون سنة لأن عائشة قالت لن ترى المرأة في بطنها ولداً بعد خمسين سنه ، وعنه ان كانت من نساء العجم فخمسون وان كانت من نساء العرب فستون لأنهن أقوى طبيعة ، وقد ذكر الزبير بن بكار في كتاب النسب أن هنداً بنت أبي عبيدة ابن عبد الله بن زمعة ولدت موسى بن عبدالله بن حسن بن حسن بن علي بن أبي طالب

ولها ستون سنة ، وقال : يقال إنه لن تلد بعد خمسين سنة الا عربية ولا تلد لستين الا قرشية وللشافعي قولان .

أحدهما : يعتبر السن الذي يتيقن أنه اذا بلغته لم تحض ، قال بعضهم هو اثنان وستون سنة .

والثاني : يعتبر السن الذي ييئس فيه نساء عشيرتها لان الظاهر ان نشأها كنشئهن وطبعها كطبعهن ، والصحيح ان شاء الله أنه متى بلغت المرأة خمسين سنة فانقطع حيضها عن عادتها مرات لغير سبب فقد صارت آيسة لان وجود الحيض في حق هذه نادر بدليل قول عائشة وقلة وجوده فإذا انضم الى هذا انقطاعه عن العادات مرات حصل اليأس من وجوده فلها حينئذ أن تعتد بالأشهر ، وان انقطع قبل ذلك فحكمها حكم من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه على ماسنذكره ان شاء الله وان رأت الدم بعد الخمسين على العادة التي كانت تراه فيها فهو حيض في الصحيح لان دليل الحيض الوجود في زمن الامكان وهذا يمكن وجود الحيض فيه وان كان نادراً . وان رأته بعد الستين فقد تيقن أنه ليس بحيض لأنه لم يوجد ذلك ، قال الخرقي فإذا رأته بعد الستين فقد تيقن أنه ليس بحيض فعند ذلك لا تعتد به وتعتد بالاشهر كالتي لا ترى دما .

## فصل

وأقل سن تحيض فيه المرأة تسع سنين لان المرجع فيه الى الوجود وقد وجد من تحيض لتسع ، وقد روي عن الشافعي أنه قال رأيت جدة لها احدى وعشرون سنة وهذه اذا أسقطت من عمرها مدة الحملين في الغالب عاما ونصفا وقسمت الباقي بينها وبين ابنتها كانت كل واحدة منهما قد حملت لدون عشر سنين . فإن رأت دما قبل ذلك فليس بحيض لانه لم يوجد من مثلها متكرراً والمعتبر من ذلك ماتكرر ثلاث مرات في حال الصحة ولم يوجد ذلك فلا يعتد به .

( فصل ) فإن بلغت سنا تحيض فيه النساء في الغالب فلم تحض كخمس عشرة سنة فعدتها ثلاثة أشهر في ظاهر قول الخرقي ، وهو قول أبي بكر ، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي ، وضعف أبو بكر الرواية المخالفة لهذا وقال رواها أبو طالب فخالف فيها أصحابه وذلك ما روى أبو طالب عن أحمد أنها تعتد سنة ،

قال القاضي: هذه الرواية أصح لأنه متى أتى عليها زمان الحيض فلم تحض صارت مرتابة يجوز أن يكون بها حمل منع حيضها فيجب أن تعتد بسنة كالتي ارتفع حيضها بعد وجوده .

ولنا قول الله تعالى ( واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن ) وهذه من اللائي لم يحضن ولأن الاعتبار بحال المعتدة لا بحال غيرها ولهذا لو حاضت قبل بلوغ سن يحيض لمثله النساء في الغالب مثل أن تحيض ولها عشر سنين اعتدت بالحيض وفارق من ارتفع حيضها ولا تدري ما رفعه فإنها من ذوات القروء وهذه لم تكن منهن .

« مسألة » قال ( وإذا طلقها طلاقا يملك فيه الرجعة وهي أمة فلم تنقض عدتها حتى أعتقت بنت على عدة حرة وإن طلقها طلاقا لا يملك فيه الرجعة فأعتقت اعتدت عدة أمة )

هذا قول الحسن والشعبي والضحاك واسحاق وأصحاب الرأي : وهذا أحد أقوال الشافعي ، والقول الثاني تكمل عدة أمة سواء كانت بائنا أو رجعية ، وهو قول مالك وأبي ثور لأن الحرية طرأت بعد وجوب العدة عليها فلا يعتبر حكمها كما لو كانت بائنا أو كما لو طرأت بعد وجوب الاستبراء ولأنه معنى يختلف بالرق والحريه فكان الاعتبار بحالة الوجوب كالحد .

وقال عطاء والزهري وقتادة تبنى على عدة حرة بكل حال وهو القول الثالث للشافعي لأن سبب العدة الكاملة إذا وجد في أثناء العدة انتقلت اليها وان كانت بائنا كما لو اعتدت بالشهور ثم رأت الدم .

ولنا أنها إذا عتقت وهي رجعية فقد وجدت الحرية وهي زوجة تعتد عدة الوفاة لو مات فوجب أن تعتد عدة الحرائر كما لو أعتقت قبل الطلاق وان أعتقت وهي بائن فلم توجد الحرية في الزوجية فلم تجب عليها عدة الحرائر كما لو اعتقت بعد مضي القرءين . ولأن عدة الرجعية تنتقل الى عدة الوفاة لو مات فتنتقل إلى عدة الحرائر . والبائن لا تنتقل الى عدة الوفاة فلا تنتقل الى عدة الحرائر كما لو انقضت عدتها وما ذكرناه لمالك يبطل بما إذا مات زوج الرجعية فإنها تنتقل الى عدة الوفاة

والفرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا حاضت الصغيرة أن الشهور بدل عن الحيض فإذا وجد المبدل زال حكم البدل كالمتيمم يجد الماء ، وليس كذلك ههنا فإن عدة الأمة ليست ببدل ، ولذلك تبني الأمة على ما مضى من عدتها اتفاقا واذا حاضت الصغيرة استأنفت العدة فافترق وتخالف الاستبراء فإن الحرية لو قارنت سبب وجوبه لم تكمل ، ألا ترى أن أم الولد إذا مات سيدها عتقت لموته ووجب الاستبراء كما يجب على التي لم تعتق ، ولأن الاستبراء لا يختلف بالرق والحرية بخلاف مسألتنا .

( فصل ) إذا عتقت الأمة تحت العبد فاختارت نفسها اعتدت عدة الحرة لأنها بانت من زوجها وهي حرة .

وقد روى الحسن أن النبي صلى الله عليه وسلم ، أمر بريرة أن تعتد عدة الحرة وان طلقها العبد طلاقا رجعيا فأعتقها سيدها بنت على عدة الحرة سواء فسخت أو أقامت على النكاح لأنها عتقت في عدة رجعية وان لم تفسخ فراجعها في عدتها فلها الخيار بعد رجعتها فإن اختارت الفسخ قبل المسيس فهل تستأنف العدة أم تبني على ما مضى من عدتها ؟ على وجهين ، فإن قلنا : تستأنف . فإنها تستأنف عدة حرة ، وإن قلنا : تبني بنت على عدة حرة .

« مسألة » قال ( وإذا طلقها وهي ممن قد حاضت فارتفع حيضها ، لا تدري ما رفعه ؟ اعتدت سنة )

وجملة ذلك أن الرجل اذا طلق امرأته وهي من ذوات الاقراء فلم تر الحيض في عادتها ولم تدر ما رفعه ؟ فإنها تعتد سنة ، تسعة أشهر منها تتربص فيها لتعلم براءة رحمها لأن هذه المدة هي غالب مدة الحمل فاذا لم يبن الحمل فيها علم براءة الرحم ظاهراً فتعتد بعد ذلك عدة الآيسات ثلاثة أشهر . وهذا قول عمر رضي الله عنه قال الشافعي : هذا قضاء عمر بين المهاجرين والأنصار لا ينكره منهم منكر علمناه . وبه قال مالك والشافعي في أحد قوليه . وروي ذلك عن الحسن ، وقال الشافعي في قول آخر تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد بثلاثة أشهر لأن هذه المدة هي التي يتيقن بها براءة رحمها فوجب اعتبارها احتياطا .

قال فى الجديد : تكون فى عدة أبداً حتى تحيض أو تبلغ سن الإياس تعتد حينئذ بثلاثة أشهر . وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وطاوس والشعبي والنخعى والزهرى وأبى الزناد والثورى وأبى عبيد وأهل العراق ، لأن الاعتداد بالاشهر جعل بعد الاياس فلم يجز قبله ، وهذه ليست آيسة . ولأنها ترجو عود الدم فلم تعتد بالشهور كما لو تباعد حيضها لعارض .

ولنا الاجماع الذى حكاه الشافعى . ولأن الغرض بالاعتداد معرفة براءة رحمها ، وهذا تحصل به براءة رحمها فاكتفى به ، ولهذا اكتفى فى حق ذات القرء بثلاثة قروء وفى حق الآيسة بثلاثة أشهر ولو روعى اليقين لاعتبر أقصى مدة الحمل ، ولأن عليها فى تطويل العدة ضرراً فانها تمنع من الازواج وتحبس دائما ، ويتضرر الزوج بايجاب السكنى والنفقة عليه ، وقد قال ابن عباس : لا تطولوا عليها الشقة كفاها تسعة أشهر .

فإن قيل . فاذا مضت تسعة أشهر فقد علم براءة رحمها ظاهراً . فلم اعتبرتم ثلاثة أشهر بعدها . قلنا الاعتداد بالقروء والاشهر إنما يكون عند عدم الحمل ، وقد تجب العـــدة مع العلم ببراءة الرحم . بدليل ما لو علق طلاقها بوضع الحمل فوضعته وقع الطلاق ولزمتها العدة .

( فصل ) فإن عاد الحيض اليها فى السنة ، ولو فى آخرها ، لزمها الانتقال الى القروء لانها الاصل ، فبطل بها حكم البدل . وإن عاد بعد مضيها ونكاحها لم تعد إلى القروء لأن عدتها انقضت . وحكمنا بصحة نكاحها فلا تبطل كما لو اعتدت الصغيرة بثلاثة أشهر وتزوجت ثم حاضت . وان حاضت بعد السنة وقبل نكاحها ، ففيه وجهان .

أحدهما لا تعود لان العدة انقضت بالشهور فلم تعد كالصغيرة

والثانى تعود لأنها من ذوات القروء ، وقد قدرت على المبدل قبل تعلق حق زوج بها ، فلزمها العود كما لو حاضت فى السنة

( مسألة ) قال ( وان كانت أمة اعتدت بأحد عشر شهراً تسعة أشهر للحمل وشهران للعدة )

هذه المسألة مبنية على أصلين :

أحدهما ان الحرة تعتد بسنة اذا ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه ؟

الثانى . ان عدة الامة الآيسة شهران فتربص تسعة أشهر ، لأن مدة الحمل تتساوى فيها الحرة والامة لكونه أمراً حقيقيا ، فاذا يئست من الحمل اعتدت مدة الآيسة شهرين ، وعلى الرواية التى جعل عدتها شهرا ونصفا تكون عدتها عشرة أشهر ونصفا ، ومن جعلها ثلاثة أشهر فعدتها سنة كالحرة :

« مســـألة » قال ( وان عرفت ما رفع الحيض كانت فى عدة حتى يعود الحيض فتعتد به ، الا أن تصير من الآيسات فتعتد بثلاثة أشهر من وقت تصير فى عداد الايسات )

أما اذا عرفت أن ارتفاع الحيض بعارض من مرض أو نفاس أو رضاع فانها تنتظر زوال العارض وعود الدم وان طال الا أن تصير فى سن اليأس : وقد ذكرناه . فعند ذلك تعتد عدة الآيسات

وقد روى الشافعى فى مسنده باسناده عن حبان ابن منقذ أنه طلق امرأته طلقة واحدة وكانت لها منه بنية ترضعها ، فتباعد حيضها ومرض حبان ، فقيل له : انك ان مت ، ورثتك فمضى الى عثمان ، عنده على وزيد بن ثابت فسأله عن ذلك فقال عثمان لعلى وزيد : ما تريان ؟ فقالا نرى أنها ان ماتت ورثها وان مات ورثته ، لأنها ليست من القواعد اللائى يئسن من المحيض ولا من الابكار اللائى لم يبلغن المحيض فرجع حبان الى أهله فانتزع البنت منها فعاد اليها الحيض فحاضت حيضتين ، ومات حبان قبل انقضاء الثالثة فورثها عثمان رضى الله عنه

وروى الاثرم باسناده عن محمد بن يحيى بن حبان أنه كانت عند جده امرأتان هاشميه وأنصاريه فطلق الانصاريه وهى مرضع فمرت بها سنة ثم هلك ولم تحض ، فقالت الانصاريه لم أحض . فاختصموا الى عثمان رضى الله عنه فقضى لها بالميراث فلامت الهاشميه عثمان ، فقال هذا عمل ابن عمك . هو أشار علينا بهذا ـ يعنى على ابن أبى طالب رضى الله عنه

« مسألة » قال ( وان حاضت حيضة أو حيضتين ثم ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه ؟ لم تنقض عدتها الا بعد سنة بعد انقطاع الحيض )

وذلك لما روى عن عمر رضى الله عنه ، أنه قال فى رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ، فارتفع حيضها لاتدرى ما رفعه ؟ تجلس تسعة أشهر . فاذا لم يستبن بها حمل تعتد بثلاثة أشهر ، فذلك سنة ولا نعرف له مخالفا

قال ابن المنذر: قضى به عمر بين المهاجرين والأنصار ولم ينكره منكر ، وقال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يطلق امرأته فتحيض حيضة ثم يرتفع حيضها . قال اذهب الى حديث عمر إذا رفعت حيضتها فلم تدر مما ارتفعت فإنها تنتظر سنة قيل له فحاضت دون السنة . فقال ترجع إلى الحيضة . قيل له : فإن ارتفعت حيضتها أيضا لا تدرى مما ارتفعت ؟ قال تقعد سنة أخرى . وهذا قول كل من وافقنا فى المسألة الأولى ، وذلك لأنها لما ارتفعت حيضتها حصلت مرتابة فوجب أن تنتقل إلى الاعتداد بسنة كما لو ارتفع حيضها حين طلقها ووجب عليها سنة كاملة لأن العدة لا تنبنى على عدة أخرى ، ولذلك لو حاضت حيضة أو حيضتين ثم يئست انتقلت إلى ثلاثة أشهر كاملة ولو اعتدت الصغيرة شهرا او شهرين ثم حاضت انتقلت الى ثلاثة قروء .

( فصل ) فإن كانت عادة المرأة أن يتباعد ما بين حيضتيها لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض وان طالت لأن هذه لم يرتفع حيضها ولم تتأخر عن عادتها فهى من ذوات القروء باقية على عادتها فأشبهت من لم يتباعد حيضها . ولا نعلم فى هذا مخالفا .

( فصل فى عـــدة المستحاضة )

لا تخلو اما أن يكون لها حيض محكوم به بعادة أو تمييز أو لا تكون كذلك ، فإن كان لها حيض محكوم به بذلك فحكمها فيه حكم غير المستحاضة اذا مرت لها ثلاثة قروء فقد انقضت عدتها ، قال أحمد : المستحاضة تعتد أيام اقرائها التى كانت تعرف وان علمت أن لها فى كل شهر حيضة ولم تعلم موضعها فعدتها ثلاثة أشهر وان شكت فى شىء تربصت حتى تستيقن أن القروء الثلاث قد انقضت ، وان

كانت مبتدأة لاتمييز لها أو ناسية لاتعرف لها وقتاً ولا تمييزاً فعن أحمد فيها روايتان احداهما أن عدتها ثلاثة أشهر ، وهو قول عكرمة وقتادة وأبي عبيد . لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر حمنة بنت جحش أن تجلس في كل شهر ستة أيام أو سبعة فجعل لها حيضة في كل شهر تترك فيها الصلاة والصيام ويثبت فيها سائر أحكام الحيض فيجب أن تنقضي به العدة لأن ذلك من أحكام الحيض .

والرواية الثانية : تعتد سنة بمنزلة من رفعت حيضتها لا تدري ما رفعها ؟ قال أحمد : اذا كانت قد اختلطت ولم تعلم اقبال الدم وادباره اعتدت سنة لحديث عمر لأن به يتبين الحمل : وهو قول مالك واسحاق . لأنها لم تتيقن لها حيضا مع أنها من ذات القروء فكانت عدتها سنة كالتي ارتفع حيضها .

وعلى الرواية الأولى ينبغي أن يقال اننا متى حكمنا بأن حيضها سبعة أيام من كل شهر فمضى لها شهران بالهلال وسبعة أيام من أول الثالث فقد انقضت عدتها ، وان قلنا القروء الاطهار فطلقها في آخر شهر ثم مر لها شهران وهل الثالث انقضت عدتها وهذا مذهب الشافعي

( مسألة ) قال : ( ولو طلقها وهي من اللائي لم يحضن فلم تنقض عدتها بالشهور حتى حاضت استقبلت العدة بثلاث حيض ان كانت حرة وبحيضتين ان كانت أمة )

وجملته أن الصغيرة التي لم تحض أو البالغ التي لم تحض اذا اعتدت بالشهور فحاضت قبل انقضاء عدتها ولو بساعة لزمها استئناف العـــدة في قول عامة علماء الأمصار ، منهم سعيد بن المسيب والحسن ومجاهد وقتادة والشعبي والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وأهل المدينة وأهل البصرة . وذلك لان الشهور بدل عن الحيض ، فإذا وجد المبدل بطل حكم البدل كالتيمم مع الماء . ويلزمها أن تعتد بثلاث حيض ان قلنا القروء الحيض ، وان قلنا القروء الاطهار فهل تعتد بما مضى من الطهر قبل الحيض قرءاً ؟ فيه وجهان .

أحدهما تعتد به لانه طهر انتقلت منه الى حيض فأشبه الطهر بين الحيضتين والثاني لا تعتد به ، وهو ظاهر كلام الشافعي لان القرء هو الطهر بين حيضتين

وهذا لم يتقدمه حيض فلم يكن قرءاً ، فأما ان انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت بعدها ولو بلحظة لم يلزمها استئناف العدة لانه معنى حدث بعد انقضاء العدة كالتى حاضت بعد انقضاء العدة بزمن طويل ، ولا يمكن منع هذا الاصل ، لانه لو صح منعه لم يحصل لمن لم تحض الاعتداد بالشهور بحال .

( فصـــل )

ولو حاضت حيضة أو حيضتين ثم صارت من الايسات استأنفت العدة بثلاثة أشهر لأن العدة لا تلفق من جنسين ، وقد تعذر اتمامها بالحيض فوجب تكميلها بالاشهر ، وان ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم ما مضى وتبين أن ما رأته من الدم لم يكن حيضا لأن الحامل لا تحيض ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل لاقل من ستة أشهر منذ انقضت الحيضة الثالثة تبينا أن الدم ليس بحيض لانها كانت حاملا مع رؤية الدم والحامل لا تحيض ، ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل يمكن أن يكون حادثا بعد قضاء العدة بأن تأتى به لستة أشهر منذ فرغت من عدتها لم تلحق بالزوج وحكمنا بصحة الاعتداد ، وكان هذا الولد حادثا وان أتت به لدون ذلك تبينا أن الدم ليس بحيض . لأنه لا يجوز وجوده فى مدة الحمل .

( فصـــل ) واذا ارتابت المعتدة . ومعناه أن ترى أمارات الحمل من حركة أو نفخة ونحوهما ، شكت هل هو حمل أم لا ؟ فلا يخلو من ثلاثة أحوال :

أحدها . أن تحدث به الريبة قبل انقضاء عدتها فإنها تبقى فى حكم الاعتداد حتى تزول الريبة ، فإن بان حملا انقضت عدتها بوضعه فان زالت وبان أنه ليس بحمل تبينا أن عدتها انقضت بالقروء أو الشهور ، فان زوجت قبل زوال الريبة فالنكاح باطل لانها تزوجت وهى فى حكم المعتدات فى الظاهر . ويحتمل انه اذا تبين عدم الحمل انه يصح النكاح لأنا تبينا أنها تزوجت بعد انقضاء عدتها .

الثانى . أن تظهر الريبة بعد قضاء عدتها والتزوج فالنكاح صحيح لأنه وجد بعد قضاء العدة ظاهرا . والحمل مع الريبة مشكوك فيه ولا يزول به ما حكم بصحته لكن لا يحل لزوجها وطؤها . لأننا شككنا فى صحـــة النكاح . ولأنه لا يحل لمن

يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره ، ثم ننظر فإن وضعت الولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني ووطئها فنكاحها باطل لأنه نكحها وهي حامل ، وإن اتت به لأكثر من ذلك فالولد لاحق به ونكاحه صحيح .

الحال الثالث . ظهرت الريبة بعد قضاء العدة وقبل النكاح ففيه وجهان .
أحدهما : لا يحل لها أن تتزوج وإن تزوجت فالنكاح باطل لأنها تتزوج مع الشك في انقضاء العدة فلم يصح ، كما لو وجدت الريبة في العدة ولأننا لو صححنا النكاح لوقع موقوفا ، ولا يجوز كون النكاح موقوفا . ولهذا لو أسلم وتخلفت امرأته في الشرك لم يجز أن يتزوج أختها لان نكاحها يكون موقوفا على اسلام الاولى

والثاني . يحل لها النكاح ويصح لاننا حكمنا بانقضاء العدة وحل النكاح وسقوط النفقة والسكنى ، فلا يجوز زوال ما حكم به بالشك الطارىء ، ولهذا لا ينقض الحاكم ما حكم به بتغير اجتهاده ورجوع الشهود .

(فصل) وإذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها أخرجت بالقرعة وعليها العدة دون غيرها وتحسب عدتها من حين طلق لا من حين القرعة ، وإن طلق واحدة بعينها وأنسيها . فقياس قول أصحابنا الحكم فيها كذلك والصحيح أنه يحرم عليه الجميع فإن مات فعلى الجميع الاعتداد بأقصى الاجلين من عدة الطلاق والوفاة ، لان النكاح كان ثابتا بيقين ، وكل واحدة منهن يجوز أن تكون هي المطلقة وأن تكون زوجة فوجب أقصى الاجلين ان كان الطلاق بائنا ليسقط الفرض بيقين كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها لزمه أن يصلي خمس صلوات ، لكن ابتداء القرء من حين طلق وابتداء عدة الوفاة من حين الموت وهذا مذهب الشافعي وإن طلق الجميع ثلاثا بعد ذلك فعليهن كلهن تكميل عدة الطلاق من حين طلقهن ثلاثا ، وإن طلق ثلاثا وأنسيهن فهو كما لو طلق واحدة

« مسألة » قال ( ولو مات عنها وهو حر أو عبد قبل الدخول أو بعده انقضت عدتها لتمام أربعة أشهر وعشر ان كانت حرة ولتمام شهرين وخمسة أيام ان كانت أمة )

أجمع أهل العلم على ان عدة الحرة المسلمة غير ذات الحمل من وفاة زوجها أربعة أشهر وعشر مدخولا بها أو غير مدخول بها سواء كانت كبيرة بالغة أو صغيرة لم تبلغ وذلك لقوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً) وقال النبي صلى الله عليه وسلم «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشراً» متفق عليه .

فإن قيل ألا حملتم الاية على المدخول بها كما قلتم فى قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ؟) قلنا انما خصصنا هذه بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) ولم يرد تخصيص عدة الوفاة ولا أمكن قياسها على المطلقة فى التخصيص لوجهين .

أحدهما : ان النكاح عقد عمر فإذا مات انتهى والشيء إذا انتهى تقررت أحكامه كتقرر أحكام الصيام بدخول الليل، وأحكام الاجارة بانقضائها والعدة من أحكامه

الثانى ان المطلقة اذا أتت بولد يمكن الزوج تكذيبها ونفيه باللعان وهذا ممتنع فى حق الميت فلا يؤمن أن تأتى بولد فيلحق الميت نسبه وماله من ينفيه فاحتطنا بإيجاب العدة عليها لحفظها عن التصرف والمبيت فى غير منزلها حفظاً لها .

إذا ثبت هذا فإنه لا يعتبر وجود الحيض فى عدة الوفاة فى قول عامة أهل العلم وحكى عن مالك أنها إذا كانت مدخولا بها وجب أربعة أشهر وعشراً فيها حيضة واتباع الكتاب والسنة أولى ، ولأنه لو اعتبر الحيض فى حقها لاعتبر ثلاثة قروء كالمطلقة ، وهذا الخلاف يختص بذات القرء . فأما الايسة والصغيرة فلا خلاف فيها ، وأما الأمة المتوفى عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام فى قول عامة أهل العلم منهم سعيد بن المسيب وعطاء وسليمان بن يسار والزهرى وقتادة ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وغيرهم إلا ابن سيرين فإنه قال: ما ارى عدة الأمة إلا كعدة الحرة إلا أن تكون قد مضت فى ذلك سنة فإن السنة أحق أن تتبع وأخذ بظاهر النص وعمومه . ولنا اتفاق الصحابة رضى الله عنهم على أن عدة الأمة المطلقة على النصف من عدة الحرة فكذلك عدة الوفاة .

( فصـل ) والعشر المعتبرة في العدة هي عشر ليال بأيامها فتجب عشرة أيام مع الليالي وبهذا قال مالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وقال الأوزاعي يجب عشر ليال وتسعة أيام لأن العشر تستعمل في الليالي دون الأيام وإنما دخلت الأيام اللاتي في أثناء الليالي تبعا. قلنا العرب تغلب اسم التأنيث في العدد خاصة على المذكر فتطلق لفظ الليالي وتريد الليالي بأيامها كما قال الله تعالى لزكريا ( آيتك أن لا تكلم الناس ثلاث ليال سويا ) يريد أيامها بدليل أنه قال في موضع آخر ( آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً ) يريد بلياليها ولو نذر اعتكاف العشر الأخير من رمضان لزمه الليالي والأيام ، ويقول القائل سرنا عشراً يريد الليالي بأيامها ، فلم يجز نقلها عن العدة الى الاباحه بالشك .

## ( فصـــل )

وإذا مات زوج الرجعيه استأنفت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً بلا خلاف قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك، وذلك لأن الرجعيه زوجه يلحقها طلاقه وينالها ميراثه فاعتدت للوفاة كغير المطلقه . وان مات مطلق البائن في عدتها بنت على عدة الطلاق الا أن يطلقها في مرض موته فانها تعتد أطول الأجلين من عدة الوفاة أو ثلاثه قروء نص على هذا أحمد ، وبه قال الثوري وابو حنيفه ومحمد بن الحسن .

وقال مالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر تبني على عدة الطلاق لأنه مات وليست زوجة له لأنها بائن من النكاح فلا تكون منكوحه .

ولنا أنها وارثه له فيجب عليها عدة الوفاة كالرجعيه . وتلزمها عدة الطلاق لما ذكروه في دليلهم وان مات المريض المطلق بعد انقضاء عدتها بالحيض او بالشهور او بوضع الحمل او كان طلاقه قبل الدخول فليس عليها عدة لموته .

وقال القاضي عليهن عدة الوفاة إذا قلنا يرثنه لأنهن يرثنه بالزوجيه فتجب عليهن عدة الوفاة كما لو مات بعد الدخول وقبل قضاء العدة ، ورواه ابو طالب عن احمد في التي انقضت عدتها . وذكر ابن ابي موسى فيها روايتين ، والصحيح انها لا عدة عليها لان الله تعالى قال ( إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل

أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها وقال (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وقال واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) فلا يجوز تخصيص هذه النصوص بالتحكم ولأنها أجنبيه تحل للازواج ويحل المطلق نكاح أختها وأربع سواها فلم تجب عليها عدة لموته كما لو تزوجت . وتخالف التي مات في عدتها فإنها لا تحل لغيره في هذه الحال ولم تنقض عدتها ولا نسلم أنها ترثه فإنها لو ورثته لأفضى الى أن يرث الرجل ثماني زوجات . فأما ان تزوجت احدى هؤلاء فلا عدة عليها بغير خلاف نعلمه ولا ترثه أيضا . وان كانت المطلقة البائن لا ترث كالأمة أو الحرة يطلقها العبد أو الذميه يطلقها المسلم والمختلعة أو فاعلة ما يفسخ نكاحها لم تلزمها عدة سواء مات زوجها في عدتها أو بعدها على قياس قول أصحابنا فهم عللوا نقلها الى عدة الوفاة بإرثها وهذه ليست وارثة فأشبهت المطلقة في الصحة .

وأما المطلقة في الصحة إذا كانت بائنا فمات زوجها فإنها تبني على عدة الطلاق ولا تعتد للوفاة ، وهذا قول مالك والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وابن المنذر ، وقال الثوري وأبو حنيفة عليها أطول الأجلين كما لو طلقها في مرض موته .

ولنا قوله سبحانه ( والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ) ولأنها أجنبية منه في نكاحه وميراثه والحل له ووقوع طلاقه وظهاره وتحل له أختها وأربع سواها فلم تعتد لوفاته كما لو انقضت عدتها . وذكر القاضي في المطلقة في المرض أنها إذا كانت حاملا تعتد أطول الأجلين ، وليس هذا بشيء لأن وضع الحمل تنقضي به كل عدة . ولا يجوز أن يجب عليها الاعتداد بغير الحمل على ما نذكره في المسألة التي تلي هذا إن شاء الله تعالى .

• مسألة • قال ( ولو طلقها أو مات عنها وهي حامل منه لم تنقض عدتها إلا بوضع الحمل أمة كانت أو حرة )

أجمع أهل العلم في جميع الأعصار على أن المطلقة الحامل تنقضي عدتها بوضع حملها . وكذلك كل مفارقة في الحياة وأجمعوا أيضا على أن المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا أجلها وضع حملها إلا ابن عباس .

وروى عن علي من وجه منقطع أنها تعتد بأقصى الاجلين ، وقاله أبو السنابل ابن بعكك في حياة النبي صلى الله عليه وسلم فرد عليه النبي صلى الله عليه وسلم قوله . وقد روى عن ابن عباس أنه رجع إلى قول الجماعة لما بلغه حديث سبيعة وكره الحسن والشعبي أن تنكح في دمها . ويحكى عن حماد وإسحاق أن عدتها لا تنقضي حتى تطهر وأبى سائر أهل العلم هذا القول . وقالوا لو وضعت بعد ساعة من وفاة زوجها حل لها أن تتزوج ولكن لا يطؤها زوجها حتى تطهر من نفاسها وتغتسل . وذلك لقول الله تعالى ( وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ) وروى عن أبي بن كعب قال : قلت للنبي صلى الله عليه وسلم وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن ) للمطلقة ثلاثا أو المتوفى عنها ؟ قال « هي المطلقة ثلاثا والمتوفى عنها » .

وقال ابن مسعود : من شاء باهلته أو لاعنته أن الآية التي في سورة النساء القصرى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن نزلت بعد التي في سورة البقرة ( والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ) يعني أن هذه الآية هي الاخيرة فتقدم على ما خالفها من عموم الايات المتقدمة ويخص بها عمومها

وروى عبد الله بن الارقم ، أن سبيعة الاسلمية أخبرته أنها كانت تحت سعد ابن خولة وتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل فلم تنشب أن وضعت حملها بعد وفاته فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها ابو السنابل بن بعكك فقال : مالي أراك متجملة لعلك ترجين النكاح ؟ إنك والله ما انت بناكح حتى تمر عليك اربعة اشهر وعشر . قالت سبيعة فلما قال لي ذلك جمعت علي ثيابي حين امسيت فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فأفتاني بأني قد حللت حين وضعت حملي وأمرني بالتزويج ان بدا لي ، متفق عليه .

وقال ابن عبد البر . هذا حديث صحيح قد جاء من وجوه شتى كلها ثابتة إلا ما روى عن ابن عباس . وروى عن علي من وجه منقطع ، ولأنها معتدة حامل فتنقضي عدتها بوضعه كالمطلقة ، يحققه ان العدة إنما شرعت لمعرفة براءتها من الحمل ووضعه ادل الأشياء على البراءة منه فوجب ان تنقضي العدة ولانه لا خلاف في بقاء العدة ببقاء الحمل فوجب أن تنقضي به كما في حق المطلقة

( فصل ) وإذا كان الحمل واحداً انقضت العدة بوضعه وانفصال جميعه ، وإن ظهر بعضه فهي في عدتها حتى ينفصل باقيه لأنها لا تكون واضعة لحملها ما لم يخرج كله ، وإن كان الحمل اثنين أو أكثر لم تنقض عدتها إلا بوضع الآخر لان الحمل هو الجميع ، هذا قول جماعة أهل العلم إلا أبا قلابه وعكرمة فإنهما قالا تنقضي عدتها بوضع الأول ولا تتزوج حتى تضع الآخر .

وذكر ابن أبي شيبة عن قتادة عن عكرمة أنه قال . إذا وضعت أحدهما فقد انقضت عدتها ، قيل له فتتزوج ؟ قال لا . قال قتادة خصم العبد . وهذا قول شاذ يخالف ظاهر الكتاب . وقول أهل العلم والمعنى ، فان العدة شرعت لمعرفة البراءة من الحمل ، فاذا علم وجود الحمل فقد تيقن وجود الموجب للعدة وانتفت البراءة الموجبة لانقضائها ، ولانها لو انقضت عدتها بوضع الاول لأبيح لها النكاح كما لو وضعت الآخر ، فان وضعت ولداً وشكت في وجود ثان لم تنقض عدتها حتى تزول الريبة وتتيقن أنها لم يبق معها حمل : لأن الأصل بقاؤه فلا يزول بالشك .

« مسألة » قال ( والحمل الذي تنقضي به العدة ما يتبين فيه شيء من خلق الإنسان حرة كانت أو أمة )

وجملة ذلك أن المرأة إذا ألقت بعد فرقة زوجها شيئاً لم يخل من خمسة أحوال :

أحدها : أن تضع ما بان فيه خلق الادمي من الرأس واليد والرجل ، فهذا تنقضي به العدة بلا خلاف بينهم .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن عدة المرأة تنقضي بالسقط إذا علم أنه ولد . وممن نحفظ عنه ذلك الحسن وابن سيرين وشريح والشعبي والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي واحمد وإسحاق .

قال الاثرم . قلت لأبي عبد الله : اذا نكس في الخلق الرابع ؟ يعني تنقضي به العدة . فقال اذا نكس في الخلق الرابع فليس فيه اختلاف . ولكن اذا تبين خلقه هذا أدل : وذلك لأنه اذا بان فيه شيء من خلق الادمي علم أنه حمل ، فيدخل في عموم قوله تعالى ( وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن )

الحال الثاني : ألقت نطفة أو دماً لا تدري هل هو ما يخلق منه الادمي أو لا فهذا لا يتعلق به شيء من الاحكام لانه لم يثبت أنه ولد لا بالمشاهدة ولا بالبينة .

الحال الثالث : ألقت مضغة لم تبن فيها الخلقة . فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية بان بها أنها خلقة آدمي . فهذا في حكم الحال الاول لانه قد تبين بشهادة أهل المعرفة أنه ولد .

الحال الرابع : اذا ألقت مضغة لا صورة فيها فشهد ثقات من القوابل انه مبتدأ خلق آدمي . فاختلف عن أحمد فنقل أبو طالب أن عدتها لا تنقضي به ولا تصير به أم ولد . لانه لم يبن فيه خلق آدمي فأشبه الدم . وقد ذكر هذا قولا للشافعي وهو اختيار أبي بكر .

ونقل الاثرم عن أحمد أن عدتها لا تنقضي به ، ولكن تصير أم ولد ، لأنه مشكوك في كونه ولداً فلم يحكم بانقضاء العدة المتيقنة بأمر مشكوك فيه ، ولم يجز بيع الامه الوالدة له مع الشك في رقها . فيثبت كونها أم ولد احتياطا ، ولا تنقضي العدة احتياطا . ونقل حنبل انها تصير أم ولد ولم يذكر العدة . فقال بعض أصحابنا على هذا تنقضي به العدة . وهو قول الحسن وظاهر مذهب الشافعي لانهم شهدوا بأنه خلقة آدمي . أشبه ما لو تصور . والصحيح أن هذا ليس برواية في العدة لانه لم يذكرها ولم يتعرض لها

الحال الخامس : أن تضع مضغه لا صورة فيها ولم تشهد القوابل بأنها مبتدأ خلق آدمي . فهذا لا تنقضي به عدة ولا تصير به أم ولد لانه لم يثبت كونه ولداً ببينة ولا مشاهدة . فأشبه العلقه . فلا تنقضي العدة بوضع ما قبل المضغة بحال . سواء كان نطفة أو علقه . وسواء قيل انه مبتدأ خلق آدمي أو لم يقل . نص عليه أحمد فقال : أما اذا كان علقه فليس بشيء انما هي دم لا تنقضي به عدة ولا تعتق به أمة . ولا نعلم مخالفا في هذا الا الحسن فانه قال اذا علم أنها حمل انقضت به العدة وفيه الغرة . والاول أصح وعليه الجمهور ، وأقل ما تنقضي به العدة من الحمل أن تضعه بعد ثمانين يوما منذ أمكنه وطؤها . لأن النبي ( ص ) قال « ان خلق أحدكم ليجمع في بطن أمه فيكون نطفة أربعين يوماً ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك » ولا تنقضي العدة بما دون المضغة فوجب أن تكون

بعد الثمانين ، وأما مابعد الأربعة أشهر فليس فيه إشكال لأنه منكس فى الخلق الرابع

فصل ) وأقل مدة الحمل ستة أشهر ، لما روى الأثرم بإسناده عن أبي الأسود أنه رفع إلى عمر أن امرأة ولدت لستة أشهر فهمّ عمر برجمها ، فقال له علي ليس لك ذلك ، قال الله تعالى ( والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ) وقال تعالى (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ) فحولان وستة أشهر ثلاثون شهراً : لارجم عليها فخلى عمر سبيلها وولدت مرة أخرى لذلك الحد . ورواه الأثرم أيضا عن عكرمة ان ابن عباس قال ذلك . قال عاصم الأحول فقلت لعكرمة انا بلغنا أن عليا قال هذا ، فقال عكرمة لا . ما قال هذا الا ابن عباس . وذكر ابن قتيبة فى المعارف أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر ، وهذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى وغيرهم .

«مسألة» قال (ولو طلقها أو مات عنها فلم تنكح حتى أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين لحقه الولد وانقضت عدتها به )

ظاهر المذهب أن أقصى مدة الحمل أربع سنين، وبه قال الشافعى، وهو المشهور عن مالك . وروى عن أحمد أن أقصى مدته سنتان ، وروى ذلك عن عائشة . وهو مذهب الثورى وأبي حنيفة لما روت جميلة بنت سعد عن عائشة : لا تزيد المرأة على السنتين فى الحمل . ولأن التقدير إنما يعلم بتوقيف أو اتفاق ولا توقيف ههنا ولا اتفاق . إنما هو على ما ذكرنا ، وقد وجد ذلك . فإن الضحاك بن مزاحم وهرم بن حيان حملت أم كل واحد منهما به سنتين ، وقال الليث أقصاه ثلاث سنين حملت مولاة لعمر بن عبد الله ثلاث سنين . وقال عباد بن العوام خمس سنين ، وعن الزهرى قال قد تحمل المرأة ست سنين وسبع سنين . وقال أبو عبيد ليس لأقصاه وقت يوقف عليه

ولنا : أن ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الوجود وقد وجد الحمل لاربع سنين ، فروى الوليد بن مسلم قال قلت لمالك بن أنس حديث جميلة بنت سعد عن عائشة لا تزيد المرأة على السنتين فى الحمل . قال مالك : سبحان الله من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد ، وقال الشافعى : بقى

محمد بن عجلان فى بطن أمه أربع سنين ، وقال أحمد : نساء بنى عجلان يحملن أربع سنين ، وامرأة عجلان حملت ثلاث بطون كل دفعة أربع سنين ، وبقى محمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسن بن على فى بطن أمه أربع سنين . وهكذا ابراهيم بن نجيح العقيلي ، حكى ذلك ابو الخطاب ، وإذا تقرر وجوده وجب أن يحكم به ولا يزاد عليه لأنه ما وجد . ولأن عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين . ولم يكن ذلك إلا لأنه غاية الحمل . وروى ذلك عن عثمان وعلى وغيرهما .

إذا ثبت هذا فإن المرأة إذا ولدت لأربع سنين فما دون من يوم موت الزوج أو طلاقه ولم تكن تزوجت ولا وطئت ولا انقضت عدتها بالقروء ولا بوضع الحمل فإن الولد لاحق بالزوج وعدتها منقضية به

( فصل ) : إن أتت بالولد لأربع سنين منذ مات أو بانت منه بطلاق أو فسخ أو انقضاء عدتها إن كانت رجعية لم يلحقه ولدها لأننا نعلم انها علقت به بعد زوال النكاح والبينونة منه . وكونها قد صارت منه أجنبية فأشبهت سائر الأجنبيات . ومفهوم كلام الخرقى أن عدتها لا تنقضى به لأنه لا ينتفى عنه بغير لعان فلم تنقض عدتها منه بوضعه كما لو أتت به لأقل من ستة أشهر منذ نكحها . قال أبو الخطاب هل تنقضى به العدة ؟ على وجهين :

وذكر القاضى أن عدتها تنقضى به . وهو مذهب الشافعى لانه ولد يمكن أن يكون منه بعد نكاحه بأن يكون قد وطئها بشبهة أو جدد نكاحها فوجب أن تنقضى به العدة وإن لم يلحق به كالولد المنفى باللعان ، وبهذا فارق الذى أتت به لأقل من ستة أشهر فإنه ينتفى عنه يقينا . ثم ناقضوا قولهم فقالوا : لو تزوجت فى عدتها وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين دخل بها الثانى . ولأكثر من أربع سنين من حين بانت من الاول فالولد منتف عنهما ولا تنقضى عدتها بوضعه عن واحد منهما . وهذا أصح فإن احتمال كونه منه لم يكف فى إثبات نسب الولد منه . مع أنه يثبت بمجرد الامكان : فلأن لا يكفى فى انقضاء العدة أولى وأحرى ، وما ذكروه منتقض بما سلموه . وما ذكروه من الفرق بين هذا وبين الذى أتت به لأقل من ستة أشهر غير صحيح فإنه يحتمل أن يكون أصابها قبل نكاحها بشبهة أو بنكاح غير هذا النكاح الذى أتت بالولد فيه فاستويا .

وأما المنفى باللعان فإنا نفينا الولد عن الزوج بالنسبة إليه ونفينا حكمه فى كونه منه بالنسبه إليها حتى أوجبنا الحد على قاذفها وقاذف ولدها وانقضاء عدتها من الاحكام المتعلقة بها دونه فثبتت

( فصل ) وإن أقرت المرأة بانقضاء عدتها بالقروء ثم أتت بولد لستة أشهر فصاعداً من بعد انقضائها لم يلحق نسبه بالزوج ، وبه قال أبو حنيفة وابن سريج وقال مالك والشافعي يلحق به ما لم تتزوج أو يبلغ أربع سنين . وكلام الخرقي يحتمل ذلك ، فإنه أطلق قوله إذا أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين لحقه الولد ، وذلك لانه ولد يمكن كونه منه وليس معه من هو أولى منه ولا من يساويه فوجب أن يلحق به كما لو أتت به بعد عقد النكاح .

ولنا أنها أتت به بعد الحكم بقضاء عدتها وحل النكاح لها بمدة الحمل فلم يلحق به كما لو أتت به بعد انقضاء عدتها بوضع حملها لمدة الحمل ، وإنما يعتبر الامكان مع بقاء النكاح أو آثاره وقد زال ذلك . وان انقضت عدتها بالشهور ثم أتت بولد لدون أربع سنين لحقه نسبه لانها ان كانت تدعى الاياس تبينا كذبها ، فان من تحمل ليست بآيسة . وان كانت من اللائى لم يحضن أو متوفى عنها لحقه ولدها لأنه لم يوجد فى حقها ما ينافى كونها حاملا .

( فصـــل )

وإذا مات الصغير الذى لا يولد لمثله عن زوجته فأتت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض العـدة بوضعه . وبهذا قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفه : إن مات وبها حمل ظاهر اعتدت عنه بالوضع . فان ظهر الحمل بها بعد موته لم تعتد به وقد روى عن احمد فى الصبى مثل قول ابى حنيفه ، وذكره ابن ابى موسى قال أبو الخطاب وفيه بعد . وهكذا الخلاف فيما إذا تزوج بامرأة ودخل بها ، فأتت به لدون سته اشهر من حين عقد النكاح فانها لا تعتد بوضعه عندنا ، وعنده تعتد به . واحتج بقوله تعالى ( وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن )

ولنا ان هذا حمل منفى عنه يقينا فلم تعتد بوضعه كما لو ظهر بعد موته ، والآية واردة فى المطلقات ثم هى مخصوصة بالقياس الذى ذكرناه .

إذا ثبت هذا فإن عدتها تنقضى بوضع الحمل من الوطء الذى علقت به منه

سواء كان هذا الولد ملحقا بغير الصغير ، مثل أن يكون من عقد فاسد أو وطء شبهة أو كان من زنا لا يلحق بأحد ، لأن العدة تجب من كل وطء فإذا وضعته اعتدت من الصبي بأربعة أشهر وعشر لأن العدتين من رجلين لا يتداخلان .

وإن كانت الفرقة في الحياة بعد الدخول كزوجة كبير دخل بها ثم طلقها وأتت بولد لدون ستة أشهر منذ تزوجها فإنها تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء . وكذلك إذا طلق الخصي المجبوب امرأته أو مات عنها فأتت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض عدتها بوضعه وتنقضي به عدة الوطء ثم تستأنف عدة الطلاق أو عدة الوفاة على ما بيناه

وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أن الولد يلحق به لأنه قد يتصور منه الإنزال بأن يحك موضع ذكره بفرجها فينزل . فعلى هذا القول يلحق به الولد وتنقضي به العدة . والصحيح أن هذا لا يلحق به ولد لأنه لم تجر به عادة فلا يلحق به ولدها كالصبي الذي لم يبلغ عشر سنين . ولو تزوج امرأة في مجلس الحاكم ثم طلقها في المجلس أو تزوج المشرقي بالمغربية ثم أتت بولد لا يمكن أن يكون منه بعد اجتماعهما بمدة الحمل فإنه لا يلحقه نسبه ولا تنقضي العدة بوضعه

« مسألة » قال ﴿ ولو طلقها أو مات عنها فلم تنقض عدتها حتى تزوجت من أصابها فرق بينهما وبنت على ما مضى من عدة الأول ثم استقبلت العدة من الثاني ﴾

وجملة الأمر أن المعتدة لا يجوز لها أن تنكح في عدتها إجماعا ، أي عدة كانت لقول الله تعالى ( ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ) ولأن العدة إنما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم لئلا يفضي إلى اختلاط المياه وامتزاج الانساب ، وإن تزوجت فالنكاح باطل لأنها ممنوعة من النكاح لحق الزوج الاول . فكان نكاحا باطلا . كما لو تزوجت وهي في نكاحه . ويجب أن يفرق بينه وبينها فان لم يدخل بها فالعدة بحالها ولا تنقطع بالعقد الثاني لانه باطل لا تصير به المرأة فراشاً ولا يستحق عليه بالعقد شيء وتسقط سكناها ونفقتها عن الزوج الاول لانها ناشز . وإن وطئها انقطعت العدة سواء علم التحريم أو جهله

وقال أبو حنيفة : لا تنقطع لان كونها فراشاً لغير من له العدة لا يمنعها كما لو وطئت بشبهة وهي زوجة فانها تعتد ، وإن كانت فراشاً للزوج

وقال القاضي : إن وطئها عالماً بأنها معتدة وأنها تحرم فهو زان فلا تنقطع العدة بوطئه لانها لا تصير به فراشا ولا يلحق به نسب ، وإن كان جاهلا أنها معتدة أو بالتحريم انقطعت العدة بالوطء لانها تصير به فراشا والعدة تراد للاستبراء . وكونها فراشا ينافي ذلك . فوجب أن يقطعها . فأما طريانه عليها فلا يجوز . ولنا أن هذا وطء بشبهة نكاح فتنقطع به العدة كما لو جهل ، وقولهم إنها لا تصير به فراشا . قلنا لكنه لا يلحق نسب الولد الحادث من وطئه بالزوج الاول فهما شيئان .

إذا ثبت هذا فعليه فراقها فان لم يفعل وجب التفريق بينهما ، فان فارقها أو فرق بينهما وجب عليها ان تكمل عدة الاول لان حقه اسبق وعدته وجبت عن وطء في نكاح صحيح ، فاذا أكملت عدة الاول وجب عليها ان تعتد من الثاني ولا تتداخل العدتان لانهما من رجلين ، وهذا مذهب الشافعي

وقال ابو حنيفه يتداخلان فتأتي بثلاثة قروء بعد مفارقة الثاني تكون عن بقية عدة الاول وعدة الثاني . لان القصد معرفة براءة الرحم . وهذا تحصل به براءة الرحم منهما جميعا .

ولنا ما روى مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ، ان طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها ونكحها غيره في عدتها . فضربها عمر بن الخطاب وضرب زوجها ضربات بمخفقه وفرق بينهما ثم قال : أيما امرأة نكحت في عدتها . فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الاول وكان خاطبا من الخطاب ، وان كان دخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الاول . ثم اعتدت من الآخر ولا ينكحها أبداً .

وروى باسناده عن علي أنه قضى في التي تزوج في عدتها أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها . تكمل ماأفسدت من عدة الاول وتعتد من الآخر وهذان قولا سيدين من الخلفاء لم يعرف لهما في الصحابة مخالف . ولانهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينين واليمينين . ولانه حبس يستحقه الرجال على النساء فلم يجز أن تكون المرأة في حبس رجلين كحبس الزوجة .

« مسألة » قال ( وله أن ينكحها بعد انقضاء العدتين )

يعني للزوج الثاني أن يتزوجها بعد انقضاء العدتين . فأما الزوج الأول فإن كان طلاقه ثلاثاً لم تحل له بهذا النكاح وإن وطيء فيه لأنه نكاح باطل . وإن كان طلاقه دون الثلاث فله نكاحها أيضاً بعد العدتين . وإن كانت رجعية فله رجعتها في عدتها منه .

وعن أحمد رواية أخرى : أنها تحرم على الزوج الثاني على التأبيد . وهو قول مالك وقديم قولي الشافعي لقول عمر « لا ينكحها أبداً » ولأنه استعجل الحق قبل وقته فحرمه في وقته كالوارث إذا قتل موروثه . ولأنه يفسد النسب فيوقع التحريم المؤبد كاللعان .

وقال الشـــافعي في الجديد : له نكاحها بعد انقضاء عدة الاول ولا يمنع من نكاحها في عدتها منه . ولأنه وطء يلحق به النسب فلا يمنع من نكاحها في عدتها منه كالوطء في النكاح . ولأن العدة انما شرعت حفظاً للنسب وصيانة للماء ، والنسب لاحق به ههنا فأشبه ما لو خالعها ثم نكحها في عدتها . وهذا حسن موافق للنظر . ولنا على اباحتها بعد العدتين أنه لا يخلو اما أن يكون تحريمها بالعقد أو بالوطء في النكاح الفاسد أو بهما . وجميع ذلك لا يقتضي التحريم بدليل ما لو نكحها بلا ولي ووطئها . ولأنه لو زنى بها لم تحرم عليه على التأبيد فهذا أولى ، ولأن آيات الإباحة عامة كقوله تعالى ( وأحل لكم ما وراء ذلكم ) وقوله ( والمحصنات من المؤمنات ) فلا يجوز تخصيصها بغير دليل ، وما روي عن عمر في تحريمها فقد خالفه علي فيه .

وروي عن عمر أنه رجع عن قوله في التحريم الى قول علي ، فإن علياً قال « اذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب ، فقال عمر : ردوا الجهالات الى السنة » ورجع الى قول علي ، وقياسهم يبطل بما اذا زنى بها فإنه قد استعجل وطأها ولا تحرم عليه على التأبيد ، ووجه تحريمها عليه قبل انقضاء عدة الثاني قول الله تعالى ( ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ) ولأنه وطء يفسد به النسب فلم يجز النكاح في العدة منه كوطء الاجنبي .

( فصـــل ) وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة أو فى نكاح فاسد ، فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطىء وغيره ، والاولى حل نكاحها لمن هى معتدة منه ان كان يلحقه نسب ولدها . لان العدة لحفظ مائه وصيانة نسبه ، ولا يصان ماؤه المحترم عن مائه المحترم ولا يحفظ نسبه عنه ، ولذلك أبيح للمختلعة نكاح من خالعها ، ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية لا يحل له نكاحها ، لان نكاحها يفضى الى اشتباه النسب . فالواطىء كغيره فى أن الولد لا يلحق نسبه بواحد منهما .

( مسألة ) قال ( وان أتت به لما يمكن أن يكون منهما أرى القافة وألحق بمن ألحقوه منهما وانقضت عدتها منه واعتدت للآخر )

وجملته أنها اذا كانت حاملا انقضت عدتها منه بوضع حملها ، لقوله سبحانه ( وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن ) ثم ننظر فان كان يمكن أن يكون من الاول دون الثانى . وهو أن تأتى به لدون ستة أشهر من وطء الثانى ولأربع سنين فما دونها من فراق الاول فانه يلحق بالاول وتنقضى عدتها به منه بوضعه ثم تعتد بثلاثة قروء عن الثانى . وان أمكن كونه من الثانى دون الاول . وهو أن تأتى به لستة أشهر . فما زاد الى أربع سنين من وطء الثانى . ولأكثر من أربع سنين منذ بانت من الاول فهو ملحق بالثانى دون الاول فتنقضى به عدتها من الثانى ثم تتم عدة الاول وتقدم عدة الثانى ههنا على عدة الاول لانه لا يجوز أن يكون الحمل من انسان والعدة من غيره

وان أمكن أن يكون منهما . وهو أن تأتى به لستة أشهر فصاعداً من وطء الثانى ولأربع سنين فما دونها من بينونتها من الاول أرى القافة ، فان ألحقته بالاول لحق به ، كما لو أمكن أن يكون منه دون الثانى . وان ألحقته بالثانى لحق به وكان الحكم كما لو أمكن كونه من الثانى دون الاول . فان أشكل أمره على القافة أو لم تكن قافة لزمها أن تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء . لأنه ان كان من الاول فقد أتت بما عليها من عدة الثانى . وان كان من الثانى فعليها أن تكمل عدة الاول ليسقط الفرض بيقين .

فأما الولد فقال أبو بكر . يضيع نسبه لانه لا دليل على نسبته الى واحد منهما فأشبه ما لو كان مجنونا لم ينتسب الى واحد منهما

وقال أبو عبد الله بن حامد : يترك حتى يبلغ فينتسب الى أحدهما ، وان ألحقته القافة بهما لحق بهما . ومقتضى المذهب ان تنقضي عدتها به منهما جميعا لان نسبه ثبت منهما كما تنقضي عدتها به من الواحد الذي يثبت نسبه منهما . وان نفته القافة عنهما فحكمه حكم ما لو أشكل أمره . وتعتد بعد وضعه بثلاثة قروء ، ولا ينتفي عنهما بقول القافة . لان عمل القافه في ترجيح احد صـــاحبي الفراش لا في النفي عن الفراش كله . ولهذا لو كان صاحب الفراش واحداً فنفته القافه عنه لم ينتف عنه بقولها . فأما ان ولدت لدون ستة أشهر من وطء الثاني ولاكثر من أربع سنين من فراق الاول لم يلحق به احد منهما ولا تنقضي به عدتها منه لاننا نعلم انه من وطء آخر فتنقضي به عدتها من ذلك الوطء ثم تتم عدة الاول وتستأنف عدة الثاني لانه قد وجد ما يقتضي عدة ثالثة وهو الوطء الذي حملت منه فتجب عليها عدتان واتمام العدة الاولى

( فصـــل )

واذا تزوج معتدة وهما عالمان بالعدة وتحريم النكاح فيها ووطئها فهما زانيان عليهما حد الزنا ولا مهر لها ولا يلحقه النسب ، وان كانا جاهلين بالعدة أو بالتحريم ثبت النسب وانتفى الحد ووجب المهر . وان علم هو دونها فعليه الحد والمهر ولا نسب له . وان علمت هي دونه فعليها الحد ولا مهر لها والنسب لاحق به ، وانما كان كذلك لان هذا نكاح متفق على بطلانه فأشبه نكاح ذوات محارمه

( فصل ) واذا خالع الرجل زوجته او فسخ نكاحه فله ان يتزوجها في عدتها في قول جمهور الفقهاء . وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والزهري والحسن وقتادة ومالك والشافعي واصحاب الرأي . وشذ بعض المتأخرين فقال : لا يحل له نكاحها ولا خطبتها لانها معتدة

ولنا ان العدة لحفظ نسبه وصيانة مائه ولا يصان ماؤه عن مائه اذا كانا من نكاح صحيح . فاذا تزوجها انقطعت العدة لان المرأة تصير فراشا له بعقده ولا يجوز ان تكون زوجة معتدة فان وطئها ثم طلقها لزمتها عدة مستأنفه ولا شيء

عليهامن الأولى لأنهاقد انقطعت وارتفعت: وإن طلقها قبل أن يمسها فهل تستأنف العدة أو تبنى على ما مضى؟

قال القاضي فيه روايتان . إحداهما : تستأنف وهو قول أبي حنيفة لأنه طلاق لا يخلو من عدة فأوجب عدة مستأنفة كالاول . والثانية : لا يلزمها استئناف عدة وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن لانه طلاق في نكاح قبل المسيس فلم يوجب عدة لعموم قوله سبحانه ( ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها )

وذكر القاضي في كتاب الروايتين أنه لا يلزمها استئناف العدة رواية واحدة ، لكن يلزمها إتمام بقية العدة الأولى . لان اسقاطها يفضي إلى اختلاط المياه لانه يتزوج امرأة ويطؤها ويخلعها ، ثم يتزوجها ويطلقها في الحال ويتزوجها الثاني في يوم واحد ، فإن خلعها حاملا ثم تزوجها حاملا ثم طلقها وهي حامل انقضت عدتها بوضع الحمل على كلتا الروايتين ، ولا نعلم فيه مخالفاً . ولا تنقضي عدتها قبل وضعها بغير خلاف نعلمه

وإن وضعت حملها قبل النكاح الثاني فلا عدة عليها للطلاق من النكاح الثاني بغير خلاف أيضا ، لأنه نكحها بعد انقضاء عدة الاول . وإن وضعته بعد النكاح الثاني وقبل طلاقه ، فمن قال يلزمها استئناف عدة أوجب عليها الاعتداد بعد طلاق الثاني بثلاثة قروء . ومن لا يلزمها استئناف عدة لم يوجب عليها ههنا عدة ، لان العدة الاولى انقضت بوضع الحمل . إذ لا يجوز أن تمتد الحامل بغير وضعه . وإن كانت من ذوات القروء أو الشهور فنكحها الثاني بعد مضي قرء أو شهر ، ثم مضى قرءان أو شهران قبل طلاقه من النكاح الثاني فقد انقضت العدة بالنكاح الثاني . فإن قلنا تستأنف العدة فعليها عدة تامة بثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر وإن قلنا تبني أتمت العدة الأولى بقرءين أو شهرين .

( فصـــل )

وإن طلقها طلاقا رجعيا ثم ارتجعها في عدتها ووطئها ثم طلقها انقطعت العدة الأولى برجعته . لأنه زال حكم الطلاق وتستأنف عدة من الطلاق الثاني لأنه طلاق من نكاح اتصل به المسيس . وإن طلقها قبل أن يمسها فهل تستأنف عدة أو تبنى

على العدة الأولى ؟ فيه روايتان : أولاهما أنها تستأنف لأن الرجعة أزالت شعث الطلاق الأول وردتها إلى النكاح الأول فصار الطلاق الثاني طلاقا من نكاح اتصل به المسيس . والثانية تبني لأن الرجعة لا تزيد على النكاح الجديد ، ولو نكحها ثم طلقها قبل المسيس لم يلزمها لذلك الطلاق عدة فكذلك الرجعة ، فإن فسخ نكاحها قبل الرجعة بخلع أو غيره احتمل ان يكون حكمه حكم الطلاق . لأن موجبه في العدة موجب الطلاق ولا فرق بينهما . واحتمل أن تستأنف العدة لأنهما جنسان بخلاف الطلاق ، وان لم يرتجعها بلفظه لكن وطئها في عدتها . فهل تحصل بذلك رجعة أو لا ؟ فيه روايتان

إحداهما تحصل به الرجعة فيكون حكمها حكم من ارتجعها بلفظه ثم وطئها سواء والثانية : لا تحصل الرجعة به ويلزمها استئناف عدة ، لأنه وطء في نكاح تشعث فهو كوطء الشبهة ، وتدخل بقية عدة الطلاق فيها ، لأنهما من رجل واحد . وإن حملت من هذا الوطء فهل تدخل فيها بقية الأولى ؟ على وجهين

أحدهما تدخل لأنهما من رجل واحد . والثاني لا تدخل لأنهما من جنسين فعلى هذا إذا وضعت حملها أتمت عدة الطلاق ، وان وطئها وهي حامل ففي تداخل العدتين وجهان . فإن قلنا يتداخلان فانقضاؤهما معا بوضع الحمل . وان قلنا لا يتداخلان فانقضاء عدة الطلاق بوضع الحمل ، وتستأنف عدة الوطء بالقروء

( فصل ) وإن طلقها طلاقا رجعيا فنكحت في عدتها من وطئها فقد ذكرنا أنها تبني على عدة الاول ثم تستأنف عدة الثاني ولزوجها الاول رجعتها في بقية عدتها منه ، لان الرجعة إمساك للزوجة وطريان الوطء من أجنبي على النكاح لا يمنع الزوج إمساك زوجته ، كما لو كانت في صلب النكاح .

وقيل ليس له رجعتها لانها محرمة عليه فلم يصح له ارتجاعها كالمرتدة ، والصحيح الاول فإن التحريم لا يمنع الرجعة كالإحرام ، ويفارق الردة لانها جارية الى بينونة بعد الرجعة بخلاف العدة ، وإذا انقضت عدتها منه فليس له رجعتها في عدة الثاني لانها ليست منه ، واذا ارتجعها في عدتها من نفسه وكانت بالقروء أو بالاشهر انقطعت عدته بالرجعة وابتدأت عدة من الثاني ، ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدة الثاني ، كما لو وطئت بشبهة في صلب نكاحه

وان كانت معتدة بالحمل لم يمكن شروعها فى عدة الثانى قبل وضع الحمل لأنها بالقروء فإذا وضعت حملها شرعت فى عدة الثانى ، وان كان الحمل ملحقاً بالثانى فإنها تعتد به عن الثانى وتقدم عدة الثانى على الاول فإذا أكملتها شرعت فى اتمام عدة الأول وله حينئذ أن يرتجعها لأنها فى عدته ، وان أحب أن يرتجعها فى حال حملها ففيه وجهان .

أحدهما : ليس له ذلك لأنها ليست فى عدته وهى محرمة عليه فأشبهت الأجنبية أو المرتدة .

والثانى : له رجعتها لأن عدتها منه لم تنقض ، وتحريمها لا يمنع رجعتها كالمحرمة

( فصل ) إذا تزوج رجل إمرأة لها ولد من غيره فمات ولدها . فإن أحمد قال يعتزل امرأته حتى تحيض حيضة ، وهذا يروى عن علي بن أبي طالب والحسن ابنه ونحوه عن عمر بن الخطاب .

وعن الحسن بن علي والصعب بن جثامة ، وبه قال عطاء وعمر بن عبد العزيز والنخعي ومالك وإسحاق وأبو عبيد قال عمر بن عبد العزيز لا يقربها حتى ينظر بها حمل أم لا ؟ وإنما قالوا ذلك لأنها ان كانت حاملا حين موته ورثه حملها ، وان حدث الحمل بعد الموت لم يرثه . فإن كان للميت ولد أو أب أو جد لم يحتج الى استبرائها لأن الحمل لا ميراث له ، وان كانت حاملا قد تبين حملها لم يحتج الى استبرائها لأن الحمل معلوم ، وان كانت آيسة لم يحتج الى استبرائها لليأس من حملها وان كانت ممن يمكن حملها ولم يبن بها حمل ولم يعتزلها زوجها فأتت بولد قبل ستة أشهر ورث ، وان أتت به بعد ستة أشهر من حين وطئها بعد موت ولدها لم يرث لانا لا نتيقن وجوده حال موته ، هذا يروى عن سفيان وهو قياس قول الشافعي

## فصل فى أحكام المفقود

إذا غاب الرجل عن امرأته لم يخل من حالين أحدهما : أن تكون غيبة غير منقطعة يعرف خبره ويأتي كتابه فهذا ليس لامرأته أن تتزوج فى قول أهل العلم أجمعين الا أن يتعذر الانفاق عليها من ماله فلها أن تطلب فسخ النكاح فيفسخ نكاحه ، وأجمعوا على أن زوجة الأسير لا تنكح حتى تعلم يقين وفاته ، وهذا قول النخعي والزهري ويحيى الأنصاري ومكحول والشافعي وأبي عبيد

وأبي ثور واسحاق وأصحاب الرأي . وان أبق العبد فزوجته على الزوجية حتى تعلم موته أو ردته . وبه قال الأوزاعي والثوري والشافعي وإسحاق ، وقال الحسن اباقه طلاقه .

ولنا : أنه ليس بمفقود فلم ينفسخ نكاحه كالحر . ومن تعذر الانفاق من ماله على زوجته فحكمها في الفسخ حكم ما ذكرنا الا أن العبد نفقة زوجته على سيده أو في كسبه فيعتبر تعذر الانفاق من محل الوجوب .

الحال الثاني : أن يفقد وينقطع خبره ولا يعلم له موضع فهذا ينقسم قسمين . أحدهما . أن يكون ظاهر غيبته السلامة كسفر التجارة في غير مهلكة واباق العبد وطلب العلم والسياحة فلا تزول الزوجية أيضا مالم يثبت موته . وروى ذلك عن علي واليه ذهب ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة والشافعي في الجديد وروى ذلك عن أبي قلابة والنخعي وأبي عبيد .

وقال مالك والشافعي في القديم تتربص أربع سنين وتعتد الوفاة أربعة أشهر وعشراً وتحل للأزواج لأنه اذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالعنة وتعذر النفقة بالاعسار فلأن يجوز ههنا لتعذر الجميع أولى واحتجوا بحديث عمر في المفقود مع موافقة الصحابة له وتركهم انكاره .

ونقل أحمد بن أصرم عن أحمد : اذا مضى عليه تسعون سنة قسم ماله . وهذا يقتضي أن زوجته تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج . قال أصحابنا انما اعتبر تسعين سنة من يوم ولادته لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر من هذا العمر ، فإذا اقترن به انقطاع خبره وجب الحكم بموته كما لو كان فقده بغيبة ظاهرها الهلاك والمذهب الاول لان هذه غيبة ظاهرها السلامة فلم يحكم بموته كما قبل الاربع سنين أو كما قبل التسعين ، ولان هذا التقدير بغير توقيف والتقدير لا ينبغي أن يصار اليه الا بالتوقيف لان تقديرها بتسعين سنة من يوم ولادته يفضي الى اختلاف العدة في حق المرأة باختلاف عمر الزوج ولا نظير لهذا ، وخبر عمر ورد فيمن ظاهر غيبته الهلاك فلا يقاس عليه غيره .

القسم الثاني : أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك كالذي يفقد من بين أهله ليلا أو نهاراً أو يخرج الى الصلاة فلا يرجع أو يمضي الى مكان قريب ليقضي حاجته

ويرجع فلا يظهر له خبر أو يفقد بين الصفين أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعض رفقته أو يفقد فى مهلكة كبرية الحجاز ونحوها فمذهب أحمد الظاهر عنه أن زوجته تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً وتحل للأزواج .

قال الأثرم : قيل لأبى عبد الله : تذهب الى حديث عمر ؟ قال هو أحسنها يروى عن عمر من ثمانية وجوه ثم قال زعموا أن عمر رجع عن هذا هؤلاء الكذابين ، قلت : فروى من وجه ضعيف أن عمر قال بخلاف هذا ؟ قال : لا إلا أن يكون انسان يكذب ، وقلت له مرة : ان إنساناً قال لى أن أبا عبد الله قد ترك قوله فى المفقود بعدك فضحك ثم قال من ترك هذا القول أى شيء يقول ؟ وهذا قول عمر وعثمان وعلى وابن عباس وابن الزبير .

قال أحمد خمسة من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، وبه قال عطاء وعمر بن عبد العزيز والحسن والزهرى وقتادة والليث وعلى بن المدينى وعبد العزيز بن أبى سلمة ، وبه يقول مالك والشافعى فى القديم إلا أن مالكا قال : ليس فى انتظار من يفقد فى القتال وقت ، وقال سعيد بن المسيب . فى امرأة المفقود بين الصفين تتربص سنة لان غلبة هلاكه هنا أكثر من غلبة غيره لوجود سببه .

وقد نقل عن أحمد أنه قال : كنت أقول اذا تربصت أربع سنين ثم اعتدت أربع أشهر وعشراً تزوجت وقد ارتبت فيها وهبت الجواب فيها لما اختلف الناس فيها فكأنى أحب السلامة . وهذا توقف يحتمل الرجوع عما قاله وتتربص أبداً ويحتمل التورع ويكون المذهب ما قاله أولا .

قال القاضى : أكثر أصحابنا على ان المذهب رواية واحدة ، وعندى ان المسألة على روايتين . وقال أبو بكر الذى اقول به ان صح الاختلاف فى المسألة ان لا يحكم بحكم ثان الا بدليل على الانتقال ، وان ثبت الاجماع فالحكم فيه على ما نص عليه وظاهر المذهب على ما حكيناه اولا نقله عن احمد الجماعة ، وقد انكر احمد رواية من روى عنه الرجوع على ما حكيناه من رواية الاثرم .

وقال ابو قلابة والنخعى والثورى وابن ابى ليلى وابن شبرمة واصحاب الرأى والشافعى فى الجديد : لا تتزوج امرأة المفقود حتى يتبين موته أو فراقه لما روى

المغيرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « امرأة المفقود امرأته حتى يأتي زوجها » وروى الحكم وحماد عن علي : لا تتزوج امرأة المفقود حتى يأتي موته او طلاقه لانه شك في زوال الزوجية فلم تثبت به الفرقة كما لو كان ظاهر غيبته السلامة .

ولنا ما روى الاثرم والجوزجاني باسنادهما عن عبيد بن عمير قال « فقد رجل في عهد عمر فجاءت امرأته الى عمر فذكرت ذلك له فقال انطلقي فتربصي أربع سنين ففعلت ثم اتته فقال انطلقي فاعتدي اربعة اشهر وعشراً ففعلت ، ثم اتته فقال أين ولي هذا الرجل ؟ فقال طلقها ففعل ، فقال لها عمر انطلقي فتزوجي من شئت فتزوجت ثم جاء زوجها الاول فقال عمر : أين كنت ؟ قال : ياأمير المؤمنين استهوتني الشياطين فوالله ما ادري في اي ارض الله كنت ، كنت عند قوم يستعبدونني حتى اغتزاهم منهم قوم مسلمون فكنت فيما غنموه فقالوا لي انت رجل من الانس وهؤلاء من الجن فمالك ومالهم ؟ فأخبرتهم خبري فقالوا بأي ارض الله تحب ان تصبح ؟ قلت المدينة هي ارضي فأصبحت وانا انظر الى الحرة فخيره عمر ان شاء امرأته وان شاء الصداق فاختار الصداق ، وقال قد حبلت لا حاجة لي فيها » قال احمد يروى عن عمر من ثلاثة وجوه ولم يعرف في الصحابة له مخالف .

وروى الجوزجاني وغيره باسنادهم عن علي في امرأة المفقود : تعتد اربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها و تعتد بعد ذلك اربعة اشهر وعشراً فإن جاء زوجها المفقود بعد ذلك خير بين الصداق وبين امرأته ، وقضى به عثمان ايضا وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم . وهذه قضايا انتشرت في الصحابة فلم تنكر فكانت اجماعا .

فأما الحديث الذي رووه عن النبي صلى الله عليه وسلم فلم يثبت ولم يذكره اصحاب السنن ، وما رووه عن علي فيرويه الحكم وحماد مرسلا والمسند عنه مثل قولنا ثم يحمل ما رووه على المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة جمعاً بينه وبين ما رويناه ، وقولهم : انه شك في زوال الزوجية ممنوع فإن الشك ما تساوى فيه الامران والظاهر في مسألتنا هلاكه .

( فصل ) وهل يعتبر ان يطلقها ولي زوجها ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة قروء ؟

فيه روايتان . إحداهما : يعتبر ذلك لأنه فى حديث عمر الذى رويناه ، وقد قال أحمد هو أحسنها ، وذكر فى حديث على : أنه يطلقها ولى زوجها ، والثانية : لا يعتبر ذلك ،كذلك قال ابن عمر وابن عباس وهو القياس فإن ولى الرجل لا ولاية له فى طلاق امرأته . ولأننا حكمنا عليها بعدة الوفاة فلا تجب عليها مع ذلك عدة الطلاق كما لو تيقنت وفاته ولأنه قد وجد دليل هلاكه على وجه أباح لها التزويج وأوجب عليها عدة الوفاة ، فأشبه ما لو شهد به شاهدان .

( فصل ) وهل يعتبر ابتداء المدة من حين الغيبة أو من حين ضرب الحاكم المدة ؟ على روايتين .

احداهما : يعتبر ابتداؤها من حين ضربها الحاكم لأنها مدة مختلف فيها فافتقرت الى ضرب الحاكم كمدة العنة .

والثانى : من حين انقطع خبره وبعد أثره لأن هذا ظاهر فى موته فكان ابتداء المدة منه كما لو شهد به شاهدان وللشافعى وجهان كالروايتين .

## فصل

فإن قدم زوجها الأول قبل أن تتزوج فهى امرأته ، وقال بعض أصحاب الشافعى : اذا ضربت لها المدة فانقضت بطل نكاح الأول . والذى ذكرنا أولى . لاننا انما أبحنا لها التزويج لان الظاهر موته فإذا بان حيا انخرم ذلك الظاهر وكان النكاح بحاله كما لو شهدت البينة بموته ثم بان حيا ولأنه أحد الملكين فأشبه ملك المال ، فأما ان قدم بعد أن تزوجت نظرنا فإن كان قبل دخول الثانى بها فهى زوجة الاول ترد اليه ولا شىء .

قال أحمد : أما قبل الدخول فهى امرأته وانما التخيير بعد الدخول . وهذا قول الحسن وعطاء وخلاس بن عمرو والنخعى وقتادة ومالك واسحاق ، وقال القاضى فيه رواية أخرى انه يخير . واخذه من عموم قول احمد : اذا تزوجت امرأته لجاء خير بين الصداق وبين امرأته ، والصحيح ان عموم كلام أحمد يحمل على خاصه فى رواية الاثرم وأنه لا تخيير الا بعد الدخول فتكون زوجة الاول رواية واحدة لان النكاح انما صح فى الظاهر دون الباطن فإذا قدم تبينا أن النكاح كان باطلا لأنه صادف امرأة ذات زوج فكان باطلا كما لو شهدت بينة بموته ،

وليس عليه صداق لأنه نكاح فاسد لم يتصل به دخول ، ويعود الزوج بالعقد الاول كما لو لم تتزوج ، وإن قدم بعد دخول الثانى بها خير الاول بين أخذها فتكون زوجته بالعقد الاول وبين أخذ صداقها وتكون زوجة للثانى . وهذا قول مالك لإجماع الصحابة عليه .

فروى معمر عن الزهرى عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا « إن جاء زوجها الاول خير بين المرأة وبين الصداق الذى ساق » هو رواه الجوزجانى والاثرم ، وقضى به ابن الزبير فى مولاة لهم ، وقال على ذلك فى الحديث الذى رويناه ، ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم فكان إجماعا . فعلى هذا إن أمسكها الاول فهى زوجته بالعقد الاول ، والمنصوص عن أحمد أنه لا يحتاج الثانى إلى طلاق لان نكاحه كان باطلا فى الباطن

وقال القاضى : قياس قوله أنه يحتاج إلى طلاق لان هذا نكاح مختلف فى صحته فكان مأموراً بالطلاق ليقطع حكم العقد الثانى كسائر الانكحة الفاسدة . ويجب على الاول اعتزالها حتى تقضى عدتها من الثانى ، وإن لم يخترها الاول فإنها تكون مع الثانى ، ولم يذكروا لها عقداً جديداً . والصحيح أنه يجب أن يستأنف لها عقدا لأننا تبينا بطلان عقده بمجىء الأول ، ويحمل قول الصحابة على هذا لقيام الدليل عليه ، فإن زوجة الانسان لا تصير زوجة لغيره بمجرد تركه لها

وقال أبو الخطاب : القياس أننا إن حكمنا بالفرقة ظاهراً وباطنا فهى امرأة الثانى ولا خيار للأول لأنها بانت منه بفرقة الحاكم فأشبه مالو فسخ نكاحها لعسرته وإن لم نحكم بفرقته باطنا فهى امرأة الاول ولا خيار له .

( فصل ) ومتى اختار الأول تركها فإنه يرجع على الثانى بصداقها لقضاء الصحابة بذلك ولأنه حال بينه وبينها بعقده عليها ودخوله بها ، واختلف عن أحمد فيما يرجع به ، فروى عنه أنه يرجع بالصداق الذى أصدقها هو ، وهو اختيار أبى بكر وقول الحسن والزهرى وقتادة وعلى بن المدينى لقضاء على وعثمان أنه يخير بينها وبين الصداق الذى ساق هو ، ولأنه أتلف عليه المعوض فرجع عليه بالعوض كشهود الطلاق إذا رجعوا عن الشهادة ، فعلى هذا ان كان لم يدفع إليها الصداق لم يرجع بشىء ، وإن كان قد دفع بعضه رجع بما دفع ، ويحتمل أن يرجع عليه

الصداق وترجع المرأة بما بقي عليه من صداقها . وعن احمد أنه يرجع عليه بالمهر الذى أصدقها الثانى لأن إتلاف البضع من جهته والرجوع عليه بقيمته ، والبضع لا يتقوم إلا على زوج أو من جرى مجراه فيجب الرجوع عليه بالمسمى الثانى دون الاول ، وهل يرجع الزوج الثانى على الزوجة بما أخذ منه ؟ فيه روايتان . ذكر ذلك أبو عبد الله بن حامد .

إحداهما يرجع به لانها غرامة لزمت الزوج بسبب وطئه لها فرجع بها كالمغرور

والثانية لا يرجع بها ، وهو أظهر لان الصحابة لم يقضوا بالرجوع ، فإن سعيد ابن المسيب روى أن عمر وعثمان « قضيا فى المرأة التى لا تدرى ما مهلك زوجها : أن تربص أربع سنين ثم تعتد عـــدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً ثم تزوج إن بدا لها . فإن جاء زوجها خير إما امرأته وإما الصداق ، فإن اختار الصداق فالصداق على زوجها الآخر وتثبت عنده ، وان اختار امرأته عزلت عن زوجها الآخر حتى تنقضى عدتها ، وإن قدم زوجها وقد توفى زوجها الآخر ورثت واعتدت عدة المتوفى عنها وترجع الى الاول » رواه الجوزجانى . ولأن المرأة لا تغرير منها فلم يرجع عليها بشيء كغيرها .

فإن قلنا يرجع عليها فإن كان قد دفع اليها الصداق رجع به ، وان كان لم يدفعه اليها دفعه الى الاول ولم يرجع عليها بشيء ، وان كان قد دفع بعضه رجع بما دفع . وان قلنا لا يرجع عليها وكان قد دفع اليها الصداق لم يرجع به ، وان لم يكن دفعه اليها لزمه دفعه ويدفع الى الاول صداقا آخرا .

## فصـــل

وان اختارت امرأة المفقود المقام والصبر حتى يتبين أمره فلها النفقة ما دام حيا وينفق عليها من ماله حتى يتبين أمره لانها محكوم لها بالزوجية فتجب لها النفقة كما لو علمت حياته ، فاذا تبين أنه مات أو فارقها فلها النفقة الى يوم موته أو بينونتها منه ويرجع عليها بالباقى لانا تبينا أنها أنفقت مال غيره أو أنفقت من ماله وهى غير زوجة له ، وان رفعت أمرها الى الحاكم فضرب لها مـدة فلها النفقة فى مدة التربص ومدة العدة لان مدة التربص لم يحكم فيها ببينونتها من زوجها فهى محبوسة عليه بحكم الزوجية فأشبه ما قبل المدة ، وأما مدة العدة فلأنها غير متيقنة بخلاف

عدة الوفاة فان موته متيقن وما بعد العدة ان تزوجت أو فرق الحاكم بينهما سقطت نفقتها لانها أسقطتها بخروجها عن حكم نكاحه ، وان لم تتزوج ولا فرق الحاكم بينهما فنفقتها باقية لانها لم تخرج بعد من نكاحه ، وان قدم الزوج بعد ذلك وردت اليه عادت نفقتها من حين الرد .

وقد روى الاثرم والجوزجانى عن ابن عمر وابن عباس قالا « تنتظر امرأة المفقود أربع سنين » قال ابن عمر « ينفق عليها من مال زوجها » وقال ابن عباس « اذاً يجحف ذلك بالورثة ولكنها تستدين ، فإن جاء زوجها أخذت من ماله وان مات أخذت من نصيبها من الميراث » وقالا : ينفق عليها بعد فى العدة بعد الاربع سنين من مال زوجها جميعه أربعة أشهر وعشراً . وان قلنا ليس لها أن تتزوج لم تسقط نفقتها مالم تتزوج فإن تزوجت سقطت نفقتها لانها بالتزويج تخرج عن يديه وتصير ناشزاً وان فرق بينهما فلا نفقة لها مادامت فى العدة فاذا انقضت فلم تعد الى مسكن زوجها فلا نفقة لها أيضا لانها باقية على النشوز ، وان عادت الى مسكنه احتمل أن تعود النفقة لان النشوز المسقط لنفقتها قد زال ويحتمل ألا تعود لأنها ما سلمت نفسها اليه ، وان عاد فتسلمها عادت نفقتها ، ومتى أنفق عليها ثم بان أن الزوج كان قد مات قبل ذلك حسب عليها ما أنفق عليها من حين موته من ميراثها ، فان لم ترث شيئا فهو عليها لانها أنفقت من مال الوارث مالا تستحقه

فأما نفقتها على الزوج الثانى فان قلنا لها أن تتزوج فنكاحها صحيح حكمه فى النفقة حكم غيره من الانكحة الصحيحة . وان قلنا ليس لها أن تتزوج فلا نفقة لها فان أنفق عليها لم يرجع بشيء لانه تطوع به الا أن يجبره على ذلك حاكم فيحتمل أن يرجع بها لانه ألزمه أداء مالم يكن واجبا عليه ، ويحتمل ألا يرجع به لان ما حكم به الحاكم لا يجوز نقضه ما لم يخالف كتابا أو سنة أو اجماعا ، فان فارقها بتفريق الحاكم أو غيره فلا نفقة لها الا أن تكون حاملا فينبنى وجوب النفقة على الروايتين فى النفقة هل هى للحمل أو لها من أجله ؟ فان قلنا هى للحمل فلها النفقة لأن نسب الحمل لاحق به فيجب عليه الانفاق على ولده ، وإن قلنا لها من أجله فلا نفقة لها لأنه فى غير نكاح صحيح فأشبه حمل الموطوءة بشبهة ، وإذا أتت بولد يمكن كونه من الثانى لحقه نسبه لأنها صارت فراشا له ؛ وقد علمنا أن

الولد ليس من الاول لانها تربصت بعد فقده أكثر من مدة الحمل و تنقضي عدتها من الثاني بوضعه لأن الولد منـــه وعليها أن ترضعه اللبأ ، لأن الولد لا يقوم بدنه إلا به فان ردت الى الاول فله منعها من ارضاعه كما له ان يمنعها من رضاع أجنبي ، لان ذلك يشغلها عن حقوقه الا أن يضطر اليها ويخشى عليه التلف فليس له منعها من إرضاعه ، لان هذا حال ضرورة ، فان أرضعته في بيت الزوج الاول لم تسقط نفقتها لانها في قبضته ويده ، وإن أرضعته في غير بيته بغير اذنه فلا نفقة لها لانها ناشز ، وان كان باذنه خرج على الروايتين فيما اذا سافرت لحاجتها باذنه

( فصـل في ميراثها من الزوجين وتوريثهما منها )

متى مات زوجها الاول أو ماتت قبل تزوجها بالثاني ورثته وورثها ، وكذلك ان تزوجت الثاني فلم يدخل بها لاننا قد تبينا أنه متى قدم قبل الدخول بها ردت اليه بغير تخيير .

وقد ذكرنا أن القاضي ذكر أن فيها رواية أخرى : أنه يخير فيها فعلى هذه الرواية حكمه حكم مالو دخل بها الثاني ، فأما ان دخل الثاني بها نظرنا فان قدم الاول فاختارها وردت اليه ورثها وورثته ولم ترث الثاني ولم يرثها لأنه لازوجية بينهما وان مات أحدهما قبل اختيارها اما في الغيبة أو بعد قدومه ، فان قلنا لها أن تتزوج ورثت الزوج الثاني وورثها ولم ترث الاول ولم يرثها لان من خير بين شيئين فتعذر أحدهما تعين الآخر ، وان ماتت قبل اختيار الاول خير فان اختارها ورثها وان لم يخترها ورثها الثاني

هذا ظاهر قول أصحابنا ، وأما على ما اختاره فإنها لا ترث الثاني ولا يرثها بحال إلا أن يجدد لها عقداً أو لا يعلم أن الاول كان حيا ومتى علم أن الاول كان حيا ورثها وورثته إلا أن يختار تركها فتبين منه بذلك فلا ترثه ولا يرثها .

وعلى قول أبي الخطاب : إن حكمنا بوقوع الفرقة بتفريق الحاكم ظاهراً وباطنا ورثت الثاني وورثها ولم ترث الاول ولم يرثها ، فأما عدتها منهما فمن ورثته اعتدت لوفاته عدة الوفاة ، وإن مات الثاني في موضع لا ترثه فالمنصوص عن أحمد أنها تعتد عدة الوفاة في النكاح الفاسد ، فعلى هذا عليها عدة الوفاة لوفاته وهو اختيار أبي بكر

وقال ابن حامد : لا عدة عليها لوفاته لكن تعتد من وطئه بثلاثة قروء ، فإن ماتا معاً اعتدت لكل واحد منهما وبدأت بعدة الأول فإذا أكملتها اعتدت للآخر وإن مات الأول أولا فكذلك ، وإن مات الثانى أولا بدأت بعدته ، فاذا مات الأول انقطعت عدة الثانى ثم ابتدأت عدة الاول ، فاذا أكملتها أتمت عدة الثانى ، وإن علم موت أحدهما وجهل وقت موت الاخر ، أو جهل موتهما فعليها أن تعتد عدتين من حين تيقنت الموت وتبدأ بعدة الأول لانه أسبق وأولى ، وإن كانت حاملا فبوضع الحمل تنقضى عدة الثانى لأن الولد منه ثم تعتدى بعده بعدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً .

فصـــل

وإذا تزوجت امرأة المفقود فى وقت ليس لها أن تتزوج فيه ، مثل أن تتزوج قبل مضى المدة التى يباح لها التزويج بعدها أو كانت غيبة زوجها ظاهرها السلامة أو ما أشبه هذا فنكاحها باطل .

وقال القاضى : إن تبين أن زوجها قد مات وانقضت عدتها منه ، أو فارقها وانقضت عدتها ففى صحة نكاحها وجهان :

أحدهما : هو صحيح لأنها ليست فى نكاح ولا عدة ، فصح تزويجها ، كما لو علمت ذلك .

والثانى لا يصح لانها معتقدة تحريم نكاحها وبطلانه ، وأصل هذا من باع عينا فى يده يعتقدها لموروثه فبان موروثه ميتا والعين مملوكة له بالإرث هل يصح البيع؟ فيه وجهان كذا ههنا ، ومذهب الشافعى مثل هذا

ولنا أنها تزوجت فى مدة منعها الشرع من النكاح فيها فلم يصح كما لو تزوجت المعتدة فى عدتها أو المرتابة قبل زوال ريبتها .

( فصـل ) ويقسم مال المفقود فى الوقت الذى تؤمر زوجته بعدة الوفاة فيه وبهذا قال قتادة . وقال الشافعى ومالك وأصحاب الرأى وابن المنذر : لا يقسم ماله حتى تعلم وفاته ، لأن الاصل البقاء فلا يزول عنه بالشك ، وإنما صرنا الى اباحة التزويج لامرأته لإجماع الصحابة ، ولان بالمرأة حاجة إلى النكاح وضررا فى الانتظار فاختص ذلك بها .

ولنا أن من اعتدت زوجته للوفاة قسم ماله كمن قامت البينة بموته ، وما أجمع عليه الصحابة يقاس عليه ما كان فى معناه ، وتأخير القسمة ضرر بالورثة وتعطيل لمنافع المال وربما تلف أو قلت قيمته فهو فى معنى الضرر بتأخير التزويج .

( فصل ) وان تصرف الزوج المفقود فى زوجته بطلاق أو ظهار أو إيلاء أو قذف صح تصرفه لأن نكاحه باق ولهذا خير فى أخذها وإنما حكمنا بإباحة تزويجها لأن الظاهر موته فلا يبطل فى الباطن كما لو شهدت بموته بينة كاذبة .

( فصل ) وإذا فقدت الأمة زوجها تربصت أربع سنين ثم اعتدت للوفاة شهرين وخمسة أيام وهذا اختيار أبي بكر . وقال القاضى : تتربص نصف تربص الحرة ورواه أبو طالب عن أحمد وهو قول الاوزاعى والليث لأنها مدة مضروبة للمرأة لعدم زوجها فكانت الأمة فيه على النصف من الحرة كالعدة .

ولنا أن الاربع سنين مضروبة لكونها أكثر مدة الحمل ومدة الحمل فى الحرة والأمة سواء فاستويا فى التربص لها كالتسعة الأشهر فى حق من ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه ؟ وكالحمل نفسه وبهذا ينتقض قياسهم .

فأما العبد فإن كانت زوجته حرة فتربصها تربص الحرة تحت الحر ، وان كانت أمة فهى كالامة تحت الحر لأن العدة معتبرة بالنساء دون الرجال ، وكذلك مدة التربص ، وحكى عن الزهرى ومالك أنه يضرب له نصف أجل الحر والأولى ما قلناه لانه تربص مشروع فى حق المرأة لفرقة زوجها فأشبه العدة .

( فصل ) فإن غاب رجل عن زوجته فشهد ثقات بوفاته فاعتدت زوجته للوفاة أبيح لها أن تتزوج فإن عاد الزوج بعد ذلك فحكمه حكم المفقود يخير زوجها بين أخذها وتركها وله الصداق ، وكذلك ان تظاهرت الاخبار بموته ، وقد روى الأثرم بإسناده عن أبي المليح عن سهية « أن زوجها صيفى بن فشيل نعى لها من قيذابيل فتزوجت بعده ثم ان زوجها الاول قدم فأتينا عثمان وهو محصور فأشرف علينا فقال : كيف أقضى بينكم وأنا على هذا الحال ؟ فقلنا قد رضينا بقولك فقضى أن يخير الزوج الاول بين الصداق وبين المرأة فرجعنا . فلما قتل عثمان أتينا علياً فخير الزوج الأول بين الصداق وبين المرأة فاختار الصداق فأخذ منى ألفين ومن

زوجى الآخر ألفين ، فإن حصلت الفرقة بشهادة محصورة ، فما حصل من غرامة فعليهما لأنهما سبب فى إيجابها .

وان شهدوا بموت رجل فقسم ماله ثم قدم فما وجد من ماله أخذه وما تلف منه أو تعذر رجوعه فيه فله تضمين الشاهدين لانهما سبب الاستيلاء عليه وللمالك تضمين المتلف لانه أتلف ماله بغير إذنه .

( فصل ) وإذا نكح رجل امرأة نكاحا متفقا على بطلانه مثل أن ينكح ذات محرمه أو معتدة يعلم حالها وتحريمها فلا حكم لعقده ، والخلوة بها كالخلوة بالأجنبية لا توجب عدة وكذلك الموت عنها لا يوجب عدة الوفاة ، وان وطئها اعتدت لوطئه بثلاثة قروء منذ وطئها سواء فارقها أو مات عنها كما لو زنى بها من غير عقد ، وان نكحها نكاحا مختلفا فيه فهو فاسد فإن مات عنها فنقل جعفر بن محمد أن عليها عدة الوفاة وهذا اختيار أبى بكر .

وقال أبو عبد الله بن حامد ليس عليها عدة الوفاة ، وهو مذهب الشافعى لانه نكاح لا يثبت الحل فأشبه الباطل . فعلى هذا ان كان قبل الدخول فلا عدة عليها وان كان بعده اعتدت بثلاثة قروء . ووجه الأول أنه نكاح يلحق به النسب فوجبت به عدة الوفاة كالنكاح الصحيح وفارق الباطل فإنه لا يلحق به النسب ، وان فارقها فى الحياة بعد الاصابة اعتدت بعد فرقته بثلاثة قروء ولا اختلاف فيه وان كان قبل الخلوة فلا عدة عليها بلا خلاف لأن المفارقه فى الحياة فى النكاح الصحيح لاعدة عليها بلا خلاف ففى الفاسد أولى، وان كان بعد الخلوة قبل الاصابة فالمنصوص عن أحمد أن عليها العدة لانه جرى مجرى النكاح الصحيح فى لحوق النسب فكذلك فى العدة . وقال الشافعى لا عدة عليها لوجهين .

أحدهما . أنها خلوة فى غير نكاح صحيح أشبهت التى نكاحها باطل .

والثانى . أن الخلوة عنده فى النكاح الصحيح لاتوجب العدة ففى الفاسد أولى وهذا مقتضى قول ابن حامد .

( فصل فى عدة المعتق بعضها ) ومتى كانت معتدة بالحمل أو بالقروء فعدتها كعدة الحرة لأن عدة الحامل لا تختلف بالرق والحرية ، وعدة الأمة بالقروء قرءان فأدنى ما يكون فيها من الحرية يوجب قرءا ثالثا لأنه لا يتبعض ، وإن

كانت معتدة بالشهور إما للوفاة واما للاياس أو الصغر فعدتها بالحساب من عدة حرة وأمة فإذا كان نصفها حراً فاعتدت للوفاة فعليها ثلاثة أشهر وثمان ليال لان الليل يحسب مع النهار فيكون عليها ثلاثة أرباع ذلك وان كانت معتدة بالشهور عن الطلاق وقلنا أن عدة الامة شهر ونصف كان عدة المعتق نصفه شهرين وربما وان قلنا عدة الأمة شهران أو ثلاثة أشهر فعدة المعتق بعضها كعدة الحرة سواء وأم الولد والمدبرة والمكاتبة عدتهن كعدة الامة سواء لانهن إماء .

« مسألة » قال . وأم الولد إذا مات سيدها فلا تنكح حتى تحيض حيضة كاملة )

هذا المشهور عن أحمد وهو قول ابن عمر ، وروى ذلك عن عثمان وعائشة والحسن والشعبي والقاسم بن محمد وأبي قلابة ومكحول ومالك والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور ، وروى عن احمد انها تعتد عدة الوفاة اربعة اشهر وعشراً ، وهو قول سعيد بن المسيب وأبي عياض وابن سيرين وسعيد بن جبير ومجاهد وخلاس بن عمرو وعمر بن عبد العزيز والزهري ويزيد بن عبد الملك والأوزاعي وإسحاق لما روى عن عمرو بن العاص انه قال « لا تفسدوا علينا سنة نبينا ( ص ) ، عدة ام الولد إذا توفى عنها سيدها اربعة اشهر وعشر » رواه ابو داود ولأنها حرة تعتد للوفاة فكانت عدتها اربعة اشهر وعشراً كالزوجة الحرة .

وحكى ابو الخطاب رواية ثالثة تعتد شهرين وخمسة ايام ، ولم اجد هذه الرواية عن احمد في الجامع ولا أظنها صحيحة عن احمد ، وروى ذلك عن عطاء وطاوس وقتادة ولانها حين الموت أمة فكانت عدتها عدة الامة كالو مات رجل عن زوجته الامة فعتقت بعد موته ، ويروى عن علي وابن مسعود وعطاء والنخعي والثوري واصحاب الرأي : ان عدتها ثلاث حيض لأنها حرة تستبرأ . فكان استبراؤها بثلاث حيض كالحرة المطلقة .

ولنا : انه استبراء لزوال الملك عن الرقبه فكان حيضة في حق من تحيض كسائر استبراء المعتقات والمملوكات ، ولانه استبراء لغير الزوجات والموطوآت بشبهة فأشبه ما ذكرنا .

قال القاسم بن محمد « سبحان الله يقول الله تعالى في كتابه ( والذين يتوفون

منكم ويذرون أزواجا ) ماهن بأزواج ، فأما حديث عمرو بن العاص فضعيف ، قال ابن المنذر ضعف أحمد وأبو عبيد حديث عمرو بن العاص .

وقال محمد بن موسى : سألت أبا عبد الله عن حديث عمرو بن العاص ؟ فقال لا يصح . وقال الميمونى رأيت أبا عبد الله يعجب من حديث عمرو بن العاص هذا ثم قال : أين سنة النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا ؟ وقال أربعة أشهر وعشر إنما هى عدة الحرة من النكاح وانما هذه أمة خرجت من الرق الى الحرية . ويلزم من قال بهذا أن يورثها ، وليس لقول من قال تعتد بثلاث حيض وجه وإنما تعتد بذلك المطلقة وليست هذه مطلقة ولا فى معنى المطلقه .

وأما قياسهم إياها على الزوجات فلا يصح فإن هذه ليست زوجة ولا فى حكم الزوجة ولا مطلقة ولا فى حكم المطلقة .

( فصـــل ) ولا يكفى فى الاستبراء طهر واحد ولا بعض حيضة وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب مالك متى طعنت فى الحيضة فقد تم استبراؤها وزعم أنه مذهب مالك .

وقال الشافعى فى أحد قوليه يكفى طهر واحد إذا كان كاملا وهو أن يموت فى حيضها فإذا رأت الدم من الحيضة الثانية حلت وتم استبراؤها وهكذا الخلاف فى الاستبراء كله وبنوا هذا على أن القروء الاطهار وهذا يرده قول النبى (ص) « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » .

وقال رويفع بن ثابت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يوم خيبر « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبى حتى يستبرئها بحيضه » رواه الاثرم ، وهذا صريح فلا يعول على ماخالفه ، ولان الواجب استبراء والذى يدل على البراءة هو الحيض فإن الحامل لا تحيض .

فأما الطهر فلا دلالة فيه على البراءة فلا يجوز أن يعول فى الاستبراء على مالا دلالة عليه دون مايدل عليه ، وبناؤهم قولهم هذا على قولهم إن القروء الاطهار بناء للخلاف على الخلاف وليس ذلك بحجة ، ثم لم يمكنهم بناء هذا على ذلك حتى خالفوه فجعلوا الطهر الذى طلقها فيه قرءاً ولم يجعلوا الطهر الذى مات فيه سيد أم الولد قرءاً وخالفوا الحديث والمعنى .

فإن قالوا : ان بعض الحيضة المقترب بالطهر يدل على البراءة ، قلنا : فيكون الاعتماد حينئذ على بعض الحيضة وليس ذلك قرءاً عند أحد ، فإذا تقرر هذا فإن مات عنها وهي طاهر فاذا طهرت من الحيضة المستقبلة حلت ، وان كانت حائضاً لم تعتد ببقية تلك الحيضة ولكن متى طهرت من الحيضة الثانية حلت لان استبراء هذه بحيضة فلا بد من حيضة كاملة .

« مسألة » قال ( وان كانت آيسا فبثلاثه أشهر )

وهذا المشهور عن أحمد أيضا . وهو قول الحسن وابن سيرين والنخعي وأبي قلابة وأحد قولي الشافعي ، وسأل عمر بن عبد العزيز أهل المدينة والقوابل فقالوا : لاتستبرأ الحبلى في أقل من ثلاثة أشهر ، فأعجبه قولهم ، وعن أحمد رواية أخرى أنها تستبرأ بشهر وهو قول ثان للشافعي ، لان الشهر قائم مقام القرء في حق الحرة والامة المطلقة فكذلك في الاستبراء .

وذكر القاضي رواية ثالثة أنها تستبرأ بشهرين كعدة الأمة المطلقة ، ولم أر لذلك وجهاً ، ولو كان استبراؤها بشهرين لكان استبراء ذات القرء بقرأين ولم نعلم به قائلا ، وقال سعيد بن المسيب وعطاء والضحاك والحكم في الأمة التي لا تحيض تستبرأ بشهر ونصف ، ورواه حنبل عن أحمد ، فانه قال : قال عطاء ان كانت لا تحيض فخمس وأربعون ليلة ، قال عمي : كذلك أذهب ، لان عدة الامة المطلقة الآيسة كذلك والمشهور عن أحمد الاول .

قال أحمد بن القاسم . قلت : لأبي عبد الله كيف جعلت ثلاثة أشهر مكان حيضة وإنما جعل الله في القرآن مكان كل حيضة شهراً ؟ فقال : إنما قلنا بثلاثة أشهر من أجل الحمل فانه لا يتبين في أقل من ذلك فان عمر بن عبد العزيز سأل عن ذلك وجمع أهل العلم والقوابل فأخبروه ان الحمل لا يتبين في اقل من ثلاثة اشهر فأعجبه ذلك . ثم قال : ألا تسمع قول ابن مسعود « ان النطفة اربعين يوما ثم علقة اربعين يوما ثم مضغة بعد ذلك » .

قال ابو عبد الله . فاذا خرجت الثمانون صار بعدها مضغه وهي لحم فتبين حينئذ وقال لي هذا معروف عند النساء ، فأما شهر فلا معنى فيه ولا نعلم به قائلا ،

ووجه استبرائه بشهر : أن الله تعالى جعل الشهر مكان الحيضة ، ولذلك اختلفت الشهور باختلاف الحيضات ، فكانت عدة الحرة الآيسة ثلاثة أشهر مكان ثلاثة قروء ، وعدة الامة شهرين مكان قرأين ، وللأمة المستبرأة التى ارتفع حيضها عشرة أشهر ، تسعة للحمل وشهر مكان الحيضة ، فيجب أن يكون مكان الحيضة ههنا شهر كما فى حق من ارتفع حيضها .

فان قيل : فقد وجد ثم ما دل على البراءة وهو تربص تسعة أشهر . قلنا : وههنا ما يدل على البراءة وهو الاياس فاستويا .

« مسألة » قال ( وإن ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه اعتدت بتسعة أشهر للحمل وشهر مكان الحيضة ) .

وفى هذه المسألة أيضا روايتان . إحداهما : أنها تستبرأ بعشرة أشهر . والثانية بسنة ، تسعة أشهر للحمل لانها غالب مدته وثلاثة أشهر مكان الثلاثة التى تستبرأ بها الآيسات ، وقد ذكرنا الروايتين فى الآيسة ، وذكرنا أن المختار عن أحمد استبراؤها بثلاثة أشهر وههنا جعل مكان الحيضة شهرا لان اعتبار تكرارها فى الآيسة لتعلم براءتها من الحمل ، وقد علم براءتها منه ههنا بمضى غالب مدته فجعل الشهر مكان الحيضة على وفق القياس .

( فصـــل ) وإن علمت ما رفع الحيض لم تزل فى الاستبراء حتى يعود الحيض فتستبرىء نفسها بحيضة إلا أن تصير آيسة فتستبرىء نفسها استبراء الآيسات ، وإن ارتابت بنفسها فهى كالحرة المستريبة ، وقد ذكرنا حكمها فيما مضى من هـذا الباب والله تعالى أعلم

« مسألة » قال ( وإن كانت حاملا فحتى تضع )

وهذه بحمد الله لا خلاف فيها ، فان الله تعالى قال ( وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا توطأ حامل حتى تضع » ولأن عدة الحرة والأمة والمتوفى عنها والمطلقة ، واستبراء كل أمة اذا كانت حاملا بوضع حملها ، وذلك لأن المقصود من العدة والاستبراء معرفة براءة الرحم من الحمل ، وهـذا يحصل بوضعه ، ومتى كانت حاملا باثنين أو أكثر فلا ينقضى استبراؤها حتى تضع آخر حملها على ما ذكرناه فى المعتدة .

( فصل ) وإذا زوج أم ولده ثم مات عتقت ولم يلزمها استبراء لأنها محرمة على المولى وليست له فراشا ، وإنما هي فراش للزوج فلم يلزمها الاستبراء ممن ليست له فراشا ، ولأنه لم يزوجها حتى استبرأها فإنه لا يحل له تزويجها قبل استبرائها ، فإن طلقها الزوج قبل دخوله بها فلا عدة عليها أيضا ، وإن طلقها بعد المسيس أو مات عنها قبل ذلك أو بعده فعليها عدة حرة كاملة ، لأنها قد صارت حرة في حال وجوب العدة عليها

وإن مات سيدها وهي في عدة الزوج عتقت ولم يلزمها استبراء لما ذكرناه ، ولأنه زال فراشه عنها قبل موته فلم يلزمها استبراء من أجله كغير أم الولد إذا باعها ثم مات ، وتبني على عــدة أمة إن كان طلاقها بائنا أو كانت متوفى عنها ، وان كانت رجعية بنت على عدة حرة على ما مضى ، وإن بانت من الزوج قبل الدخول بطلاق أو بانت بموت زوجها أو طلاقه بعد الدخول فقضت عدته ثم مات سيدها فعليها الاستبراء لانها عادت الى فراشه .

وقال أبو بكر : لا يلزمها استبراء الا أن يردها السيد إلى نفسه لان فراشه قد زال بتزويجها ولم يتجدد لها ما يردها إليه فأشبهت الأمة غير الموطوءة

( فصل ) فإن مات زوجها وسيدها ولم تعلم أيهما مات أولا فعلى قول أبي بكر ليس عليها استبراء لأن فراش سيدها قد زال عنها ولم تعد اليه وعليها أن تعتد لوفاة زوجها عدة الحرائر ، ولانه يحتمل أن سيدها مات أولا ثم مات زوجها وهي حرة فلزمها عدة الحرة لتخرج من العـدة بيقين ، وعلى القول الآخر ان كان بين موتهما شهران وخمسة أيام فما دون فليس عليها استبراء ، لان السيد ان كان مات أولا فقد مات وهي زوجته ، وان كان مات آخراً فقد مات وهي معتدة وليس عليها استبراء في هاتين الحالتين وعليها أن تعتد بعد موت الآخر منهما عدة الحرة لما ذكرناه . وان كان بين موتهما أكثر من ذلك فعليها بعد موت الآخر منهما أطول الاجلين من أربعة أشهر وعشر واستبراء بحيضة لانه يحتمل أن يكون السيد مات أولا فيكون عليها عدة الحرة من الوفاة : ويحتمل أنه مات آخراً بعد انقضاء عدتها من الزوج وعودها الى فراشه فلزمها الاستبراء بحيضة فوجب الجمع بينهما ليسقط الفرض بيقين .

قال ابن عبد البر : وعلى هذا جميع القائلين من العلماء بأن عدة الامة من سيدها بحيضة ومن زوجها شهران وخمس ليال . فان جهل ما بين موتهما فالحكم فيه كما لو علمنا أن بينهما شهرين وخمس ليال احتياطا لإسقاط الفرض بيقين كما أخذنا بالاحتياط فى الإيجاب بين عدة حرة وحيضة ، فيما اذا علمنا أن بينهما شهرين وخمس ليال . وقول أصحاب الشافعى فى هذا القول مثل قولنا . وكذلك قول أبى حنيفة وأصحابه ، الا أنهم جعلوا مكان الحيضة ثلاث حيضات بناء على أصلهم فى استبراء أم الولد .

وقال ابن المنذر : حكمها حكم الإماء وعليها شهران وخمسة أيام ولا أنقلها الى حكم الحرائر الا باحاطة أن الزوج مات بعد المولى . وقيل ان هذا قول ابى بكر عبد العزيز أيضا ، والذى ذكرناه أحوط

فأما الميراث فانها لاترث من زوجها شيئا لان الاصل الرق ، والحرية مشكوك فيها فلم ترث مع الشك : والفرق بين الإرث والعدة أن ايجاب العدة عليهااستظهار لا ضرر فيه على غيرها وايجاب الإرث اسقاط لحق غيرها ، ولان الاصل تحريم النكاح عليها فلا يزول الا بيقين ، والاصل عدم الميراث لها فلا ترث الا بيقين . فإن قيل : أفليس المفقود اذا ماتت زوجته وقف ميراثه منها مع الشك فى ارثه ؟ قلنا الفرق بينهما أن الاصل ههنا الرق والشك فى زواله وحدوث الحال التى يرث فيها والمفقود الاصل حياته والشك فى موته وخروجه عن كونه وارثا فافترقا .

• مســألة • قال ( وان أعتق أم ولده أو أمة كان يصيبها لم تنكح حتى تحيض حيضة كاملة ، وكذلك ان أراد أن يزوجها وهى فى ملكه استبرأها بحيضة ثم زوجها )

لا يختلف المذهب فى أن الاستبراء ههنا بحيضة فى ذات القروء ، وهو قول الشافعى . وهو قول الزهرى والثورى فيمن أراد تزويج أمة كان يصيبها ، وقال أصحاب الرأى : ليس عليها استبراء لان له بيعها فكان له تزويجها كالتى لا يصيبها وقال عطاء وقتادة : عدتها حيضتان كعدة الأمة المطلقة

ولنا أنها فراش لسيدها فلم يجز أن تنتقل الى فراش غيره بغير استبراء كما لو مات

عنها ، ولأن هذه موطوءة وطئاً له حرمة فلم يجز أن تتزوج قبل الاستبراء كالموطوءة بشبهة ، وهذا لأنه إذا وطئها سيدها اليوم ثم زوجها فوطئها الزوج فى آخر اليوم أفضى الى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب ، وهذا لا يحل ؛ ويخالف البيع فإنها لا تصير به فراشاً ولا يحل لمشتريها وطؤها حتى يستبرئها فلا يفضى الى اختلاط المياه . ولهذا يصح فى المعتدة والمزوجة بخلاف التزويج

( فصـــل )

فإن لم تكن من ذوات القروء فاستبراؤها بما ذكرنا فى أم الولد على ما شرحنا ومفهوم كلام الخرقى انها إذا كانت أمة لا يطؤها سيدها : لم يلزمها استبراء لأنها ليست فراشا لسيدها فلم يلزمها الاستبراء كالمزوجة والمعتدة ، ولأن تركها للاستبراء لا يفضى إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب بخلاف الموطوءة .

( فصل ) وان مات عن أمة كان يصيبها فاستبراؤها بما ذكرنا فى أم الولد لأنها فراش لسيدها فأشبهت أم الولد ، إلا أنها إذا كانت من ذوات القروء فاستبراؤها بحيضة واحدة رواية واحدة لأنها لا تصير حرة .

( فصـل ) وإن أعتق أم ولده أو أمته التى كان يصيبها أو غيرها ممن تحل له إصابتها فله أن يتزوجها فى الحال من غير استبراء ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم « أعتق صفية وتزوجها وجعل عتقها صداقها »

قال النبي صلى الله عليه وسلم « ثلاثة يوفون أجرهم مرتين : رجل كانت له أمة فأدبها فأحسن تأديبها وعلمها فأحسن تعليمها ، ثم أعتقها وتزوجها » ولم يذكر الاستبراء ، ولأن الاستبراء لصيانة مائه وحفظه عن الاختلاط بماء غيره ، ولا يصان ماؤه عن مائه ، ولهذا كان له أن يتزوج مختلعته فى عدتها .

وقد روى عن أحمد فى الأمة التى لا يطؤها إذا أعتقها : لا يتزوجها بغير استبراء ، لأنه لو باعها لم تحل للمشترى بغير استبراء . والصحيح أنه يحل له ذلك لأنه يحل له وطؤها بملك اليمين فكذلك بالنكاح كالتى كان يصيبها ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وتزوجها ولم ينقل أنه كان أصابها . والحديث الآخر يدل على حلها له بظاهره لدخولها فى العموم ، ولأنها تحل لمن تزوجها سواه فله أولى . ولأنه لو استبرأها ثم أعتقها وتزوجها فى الحال كان جائزاً حسناً ، فكذلك هذه

فإنه تارك لوطئها ، ولأن وجوب الاستبراء في حق غيره انما كان لصيانة مائه عن الاختلاط بغيره ، ولا يوجد ذلك ههنا ، وكلام أحمد محمول على من اشتراها ثم تزوجها قبل أن يستبرئها .

( فصل ) وان اشترى أمة فأعتقها قبل استبرائها لم يجز أن يتزوجها حتى يستبرئها . وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب الرأي له ذلك . ويحكى أن الرشيد اشترى جارية فتاقت نفسه الى جماعها قبل استبرائها فأمره أبو يوسف أن يعتقها ويتزوجها ويطأها

قال أبو عبد الله : وبلغني أن المهدي اشترى جارية فأعجبته فقيل له اعتقها وتزوجها . قال أبو عبد الله سبحان الله ما أعظم هذا : أبطلوا الكتاب والسنة جعل الله على الحرائر العدة من أجل الحمل ، فليس من امرأة تطلق أو يموت زوجها الا تعتد من أجل الحمل ، وسن رسول الله صلى الله عليه وسلم استبراء الامة بحيضة من أجل الحمل ففرج يوطأ يشتريه ثم يعتقها على المكان فيتزوجها فيطؤها . يطؤها رجل اليوم ويطؤها الآخر غدا ، فإن كانت حاملا كيف يصنع ؟ هذا نقض الكتاب والسنة . قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا توطأ الحامل حتى تضع ولا غير الحامل حتى تحيض » وهذا لا يدري أهي حامل أم لا ؟ ما أسمج هذا ؟ قيل له : ان قوما يقولون هذا . فقال : قبح الله هذا وقبح من يقوله . وفيما نبه عليه أبو عبد الله من الأحاديث كفاية مع ما ذكرنا فيما قبل هذا الفصل .

اذا ثبت هذا فليس له تزويجها لغيره قبل استبرائها اذا لم يعتقها لأنها ممن يجب استبراؤها فلم يجز أن يتزوج كالمعتدة ، وسواء في ذلك المشتراة من رجل يطؤها أو من رجل قد استبرأها ولم يطأها أو ممن لا يمكنه الوطء كالصبي والمرأة والمجبوب وقال الشافعي : اذا اشتراها ممن لا يطؤها فله تزويجها سواء اعتقها أو لم يعتقها وله أن يتزوجها اذا أعتقها لأنها ليست فراشا وقد كان لسيدها تزويجها قبل بيعها فجاز ذلك بعد بيعها . ولأنها لو عتقت على البائع بإعتاقه أو غيره لجاز لكل أحد نكاحها فكذلك اذا أعتقها المشتري .

ولنا عموم قوله عليه السلام « لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة » ولأنها

أمة يحرم عليه وطؤها قبل استبرائها لحرم عليه تزويجها والتزوج بها كما لو كان بائعها يطؤها . فأما إن أعتقها فى هذه الصورة فله تزويجها لغيره لأنها حرة لم تكن فراشا فأبيح لها النكاح كما لو أعتقها البائع ، وفارق الموطوءة فإنها فراش يجب عليها استبراء نفسها إذا عتقت لحرم عليها النكاح كالمعتدة . وفارق ما إذا أراد سيدها نكاحها فإنه لم يكن له وطؤها بملك اليمين فلم يكن له أن يتزوجها كالمعتدة ، ولأن هذا يتخذ حيلة على إبطال الاستبراء فمنع منه بخلاف تزويجها لغيره

( فصل ) وإذا كانت أمة يطؤها فاستبرأها ثم أعتقها لم يلزمها استبراء لأنها خرجت عن كونها فراشا باستبرائه لها ، وإن باعها فأعتقها المشترى قبل وطئها لم تحتج الى استبراء لذلك ، وان باعها قبل استبرائها فأعتقها المشترى قبل وطئها واستبرائها فعليها استبراء نفسها ، وان مضى بعض الاستبراء فى ملك المشترى لزمها إتمامه بعد عتقها ولا ينقطع بانتقال الملك فيها ، لأنها لم تصر فراشا للمشترى ولم يلزمها استبراء بإعتاقه .

( فصل ) واذا كانت الأمة بين شريكين فوطئاها لزمها استبراءان . وقال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين يلزمها استبراء واحد لأن القصد معرفة براءة الرحم ولذلك لا يجب الاستبراء بأكثر من حيضة واحدة وبراءة الرحم تعلم باستبراء واحد

ولنا : أنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالعدتين ولأنهما استبراءان من رجلين فأشبها العدتين . وما ذكروه يبطل بالعدتين من رجلين .

« مسألة » قال ( ومن ملك أمة لم يصبها ولم يقبلها حتى يستبرئها بعد تمام ملكه لها بحيضة (١) إن كانت ممن تحيض أو بوضع الحمل إن كانت حاملا أو بمضى ثلاثة أشهر إن كانت من الايسات أو من اللائى لم يحضن )

---

(١) قد يقال . ما الحكمة فى جعل استبراء الامة بحيضة ، واستبراء الحرة بثلاثة قروء ، مع أن معرفة براءة الرحم فى الامة يحتاج الى المدة التى يحتاج اليها فى براءة رحم الحرة لانهما سواء فى تكوين باطنهما ؟

والجواب أن تقصير مدة الأمة فيه رحمة بها ، وذلك انها أسيرة حرب وتوجد عند سيد جديد وأسرة جديدة ، فأراد الاسلام أن يعجل لها أسباب الراحة والهناء فأباح للسيد الجديد مخالطتها بعد حيضة واحدة وقد تأتى الحيضة بعد يوم أو أيام .

وجملته : أن من ملك أمة بسبب من أسباب الملك كالبيع والهبة والإرث وغير ذلك لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها بكراً كانت أو ثيبا صغيرة كانت أو كبيرة ممن تحمل أو ممن لا تحمل . وبهذا قال الحسن وابن سيرين وأكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي .

وقال ابن عمر لا يجب استبراء البكر وهو قول داود لأن الغرض بالاستبراء معرفة براءتها من الحمل وهذا معلوم في البكر فلا حاجة الى الاستبراء . وقال الليث ان كانت ممن لا يحمل مثلها لم يجب استبراؤها لذلك . وقال عثمان البتي : يجب الاستبراء على البائع دون المشتري لأنه لو زوجها لكان الاستبراء على المزوج دون الزوج كذلك ههنا .

ولنا ما روى أبو سعيد « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عام أوطاس أن توطأ حامل حتى تضع ولا غير حامل حتى تحيض » رواه أحمد في المسند ، وعن رويفع بن ثابت قال « إني لا أقول الا ما سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعته يقول لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الاخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها بحيضة » رواه أبو داود .

وفي لفظ قال سمعت رسول الله (ص) يوم خيبر يقول « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبي حتى يستبرئها بحيضة » رواه الأثرم ، ولأنه ملك جارية محرمة عليه فلم تحل له قبل استبرائها كالثيب التي تحمل ولأنه سبب موجب للاستبراء فلم يفترق الحال فيه بين البكر والثيب والتي تحمل والتي لا تحمل كالعدة .

قال أبو عبد الله : قد بلغني أن العذراء تحمل ، فقال له بعض أهل المجلس نعم قد كان في جيراننا ، وذكر ذلك بعض أصحاب الشافعي وما ذكروه يبطل بما إذا اشتراها من امرأة أو صبي أو ممن تحرم عليه برضاع أو غيره وما ذكره البتي لا يصح لأن الملك قد يكون بالسبي والإرث والوصية فلو لم يستبرئها المشتري أفضى الى اختلاط المياه واشتباه الانساب .

والفرق بين البيع والتزويج أن النكاح لا يراد إلا للاستمتاع فلا يجوز إلا فيمن تحل له فوجب أن يتقدمه الاستبراء ولهذا لا يصح تزويج معتدة ولا مرتدة

ولا مجوسية ولا وثنية ولا محرمة بالرضاع ولا المصاهرة ، والبيع يراد لغير ذلك فصح قبل الاستبراء ولهذا صح فى هذه المحرمات ووجب الاستبراء على المشترى لما ذكرناه ، فأما الصغيرة التى لا يوطأ مثلها فظاهر كلام الخرقى تحريم قبلتها ومباشرتها لشهوة قبل استبرائها . وهو ظاهر كلام أحمد

وفى أكثر الروايات عنه قال تستبرأ وان كانت فى المهد ، وروى عنه أنه قال إن كانت صغيرة بأى شيء تستبرأ إذا كانت رضيعة ؟ وقال فى رواية أخرى تستبرأ بحيضة إذا كانت ممن تحيض والا بثلاثة أشهر إن كانت ممن توطأ وتحبل فظاهر هذا أنه لا يجب استبراؤها ولا تحرم مباشرتها .

وهذا اختيار ابن أبى موسى وقول مالك وهو الصحيح ، لان سبب الإباحة متحقق ، وليس على تحريمها دليل فانه لا نص فيه ولا معنى نص لأن تحريم مباشرة الكبيرة إنما كان لكونه داعيا الى الوطء المحرم أو خشية أن تكون أم ولد لغيره ولا يتوهم هذا فى هذه فوجب العمل بمقتضى الاباحة .

فأما من يمكن وطؤها فلا تحل قبلتها ولا الاستمتاع منها بما دون الفرج قبل الاستبراء إلا المسبية على إحدى الروايتين . وقال الحسن لا يحرم من المشتراة إلا فرجها وله أن يستمتع منها بما شاء مالم يمس لأن النبى ( ص ) انما نهى عن الوطء ولأنه تحريم للوطء مع ثبوت الملك فاختص بالفرج كالحيض .

ولنا أنه استبراء يحرم الوطء فحرم الاستمتاع كالعدة ولأنه لا يأمن من كونها حاملا من بائعها فتكون أم ولد والبيع باطلا فيكون مستمتعاً بأم ولد غيره ، وبهذا فارق تحريم الوطء للحيض .

فأما المسبية فظاهر كلام الخرقى تحريم مباشرتها فيما دون الفرج لشهوة وهو الظاهر عن أحمد لان كل استبراء حرم الوطء حرم دواعيه كالعدة ولأنه داعية الى الوطء المحرم لأجل اختلاط المياه واشتباه الانساب ، فأشبهت المبيعة ، وروى عن أحمد أنه لا يحرم لما روى عن ابن عمر أنه قال : وقع فى سهمى يوم جلولاء جارية كأن عنقها ابريق فضة فما ملكت نفسى أن قمت اليها فقبلتها والناس ينظرون ، ولأنه لا نص فى المسبية ولا يصح قياسها على المبيعة لأنها تحتمل أن تكون

أم ولد للبائع ، فيكون مستمتعا بأم ولد غيره ومباشراً لمملوكة غيره ، والمسبية مملوكة له على كل حال وانما حرم وطؤها لئلا يسقي ماءه زرع غيره .

وقول الخرقي بعد تمام ملكه لها يعني أن الاستبراء لا يكون الا بعد ملك المشتري لجميعها ولو ملك بعضها ثم ملك باقيها لم يحتسب الاستبراء الا من حين ملك باقيها ، وان ملكها ببيع فيه الخيار انبنى على نقل الملك في مدته ، فإن قلنا ينتقل فابتداء الاستبراء من حين البيع .

وان قلنا : لا ينتقل فابتداؤه من حين انقطع الخيار ، وان كان المبيع معيبا فابتداء الخيار من حين البيع لان العيب لا يمنع نقل الملك بغير خلاف ، وهل يبتدأ الاستبراء من حين البيع قبل القبض أو من حين القبض ؟ فيه وجهان .

احدهما : من حين البيع لان الملك ينتقل به .

والثاني : من حين القبض لان القصد معرفة براءتها من ماء البائع ، ولا يحصل ذلك مع كونها في يده ، وان اشترى عبده التاجر امة فاستبرأها ثم صارت الى السيد حلت له بغير استبراء لان ملكه ثابت على ما في يد عبده فقد حصل استبراؤها في ملكه ، وان اشترى مكاتبه امة فاستبرأها ثم صارت الى سيده فعليه استبراؤها لأن ملكه تجدد عليها اذ ليس للسيد ملك على ما في يد مكاتبه الا أن تكون الجارية من ذوات محارم المكاتب فقال اصحابنا تباح للسيد بغير استبراء ، لأنه يصير حكمها حكم المكاتب ان رق رقت ، وان عتق عتقت والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، والاستبراء الواجب ههنا في حق الحامل بوضعه بلا خلاف ، وفي ذات القروء بحيضة في قول اكثر اهل العلم .

وقال سعيد بن المسيب وعطاء بحيضتين وهو مخالف للحديث الذي رويناه والمعنى ، فإن المقصود معرفة براءتها من الحمل وهو حاصل بحيضة ، وفي الآيسة والتي لم تحض والتي ارتفع حيضها بما ذكرناه في ام الولد على ما مضى من الخلاف فيه

( فصل ) ومن ملك مجوسية أو وثنية فأسلمت قبل استبرائها لم تحل له حتى يستبرئها او تتم ما بقي من استبرائها لما مضى ، وان استبرأها ثم اسلمت حلت له بغير استبرائها ، وقال الشافعي لا تحل له حتى تجدد استبراءها بعد اسلامها لأن ملكه تجدد على استمتاعها فأشبهت من تجدد ملكه على رقبتها .

ولنا قوله عليه السلام « لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة » وهذا ورد فى سبايا أوطاس وكن مشركات ولم يأمر فى حقهن بأ كثر من حيضة ولأنه لم يتجدد ملكه عليها ولا أصابها وطء من غيره فلم يلزمه استبراؤها كما لو حلت المحرمة ولأن الاستبراء إنما وجب كيلا يفضى الى اختلاط المياه وامتزاج الانساب ومظنة ذلك تجدد الملك على رقبتها ولم يوجد ، ولو باع أمته ثم ردت عليه بفسخ أو إقالة بعد قبضها أو افتراقهما لزمه استبراؤها لأنه تجديد ملك سـواء كان المشترى لها امرأة أو غيرها ، فإن كان ذلك قبل افتراقهما أو قبل غيبة المشترى بالجارية ففيها روايتان . إحداهما : عليه الاستبراء ، وهو مذهب الشافعى لأنه تجديد ملك ، والثانية : ليس عليه استبراء ، وهو قول أبى حنيفة إذا تقايلا قبل القبض لأنه لا فائدة فى الاستبراء مع تعين البراءة .

## ( فصـل )

واذا زوج الرجل أمته فطلقها الزوج لم يلزم السيد استبراؤها ولكن ان طلقت بعد الدخول أو مات عنها فعليها العدة ولو ارتدت أمته أو كاتبها ثم أسلمت المرتدة وعجزت المكاتبة حلت لسيدها بغير استبراء ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : يجب عليه الاستبراء فى هذا كله لأنه زال ملكه عن استمتاعها ثم عاد فأشبهت المشتراة .

ولنا : أنه لم يتجدد ملكه عليها فأشبهت المحرمة إذا حلت والمرهونة إذا فكت فإنه لا خلاف فى حلهما بغير استبراء ولأن الاستبراء شرع لمعنى مظنته تجدد الملك فلا يشرع مع تخلف المظنة والمعنى .

( فصل ) وان اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول لم تبح بغير استبراء نص عليه أحمد ، وقال : هذه حيلة وضعها أهل الرأى لا بد من استبراء .

ووجه ذلك أن هذه تجدد الملك فيها ولم يحصل استبراؤها فى ملكه فلم تحل بغير استبراء كما لو لم تكن مزوجة ولأن اسقاط الاستبراء ههنا ذريعة الى اسقاطه فى حق من أراد اسقاطه بأن يزوجها عند بيعها ثم يطلقها زوجها بعد تمام البيع والحيل حرام ، فأما ان كان الزوج دخل بها ثم طلقها فعليها العدة ولا يلزم المشترى استبراؤها لأن ذلك قد حصل بالعدة ولأنها لو عتقت لم يجب عليها مع العدة

استبراء ولأنها قد استبرأت نفسها ممن كانت فراشا له فأجزأ ذلك كما لو كانت استبرأت نفسها من سيدها إذا كانت خالية من زوج ، وان اشتراها وهي معتدة من زوجها لم يجب عليها استبراء لأنها لم تكن فراشا لسيدها وقد حصل الاستبراء من الزوج بالعدة ولذلك لو عتقت في هذه الحال لم يجب عليها استبراء ، وقال أبو الخطاب في المزوجة هل يدخل الاستبراء في العدة ؟ على وجهين .

وقال القاضي في معتدة : يلزم السيد استبراؤها بعد قضاء العدة ولا يتداخلان لأنهما من رجلين ، ومفهوم كلام أحمد ما ذكرناه أولا لأنه علل فيها قبل الدخول بأنها حيلة وضعها أهل الرأي ولا يوجد ذلك ههنا ، ولا يصح قولهم ان الاستبراء من رجلين فإن السيد ههنا ليس له استبراء .

{ فصــــل }

وان كانت الأمة لرجلين فوطئاها ثم باعاها لرجل أجزأه استبراء واحد لأنه يحصل به معرفة البراءة ، فإن قيل فلو أعتقها لألزمتموها استبراءين : قلنا وجوب الاستبراء في حق المعتقة معلل بالوطء ولذلك لو أعتقها وهي ممن لا يطؤها لم يلزمها استبراء وقد وجد الوطء من اثنين فلزمها حكم وطئهما ، وفي مسألتنا هو معلل بتجديد الملك لا غير ولهذا يجب على المشتري الاستبراء سواء كان سيدها يطؤها أو لم يكن والملك واحد فوجب أن يتجدد الاستبراء .

( فصل ) وإذا اشترى الرجل زوجته الأمة لم يلزمه استبراؤها لانها فراش له فلم يلزمه استبراؤهـا من مائه لكن يستحب ذلك ليعلم هل الولد من النكاح فيكون عليه ولاء له لانه عتق بملكه له ولا تصير به الامة أم ولد : أو هو حادث في ملك يمينه فلا يكون عليه ولاء وتصير به الأمة أم ولد ، ومتى تبين حملها فله وطؤها لانه قد علم الحمل وزال الاشتباه .

( فصــــل ) وان وطىء الجاريه التي يلزمه استبراؤها قبل استبرائها أثم والاستبراء باق بحاله لانه حق عليه فلا يسقط بعدوانه ، فإن لم تعلق منه استبرأها بما كان يستبرئها به قبل الوطء وتبني على ما مضى من الاستبراء وإن علقت منه فمتى وضعت حملها استبرأها بحيضة ولا يحل له الاستمتاع منها في حال حملها لانه لم يستبرئها ، وإن وطئها وهي حامل حملا كان موجوداً حين البيع من غير البائع

فتى وضعت حملها انقضى استبراؤها . قال أحمد : ولا يلحق بالمشترى ولا يتبعه ، ولكن يعتقه لأنه قد شرك فيه لأن الماء يزيد فى الولد .

وقد روى أبو داود بإسناده عن أبى الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه مر بامرأة مجح [1] على باب فسطاط فقال « لعله يريد أن يلم بها » فقالوا نعم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لقد هممت أن ألعنه لعناً يدخل معه قبره ، كيف يورثه وهو لا يحل له . أو كيف يستخدمه وهو لا يحل له » ومعناه أنه إن استلحقه وشركه فى ميراثه لم يحل له لأنه ليس بولده ، وان اتخذه مملوكا لم يحل له لأنه قد شرك فيه لكون الوطء يزيد فى الولد .

وعن ابن عباس قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن وطء الحبالى حتى يضعن ما فى بطونهن » رواه النسائى والترمذى

( فصل ) ومن أراد بيع أمته فإن كان لا يطؤها لم يلزمه استبراؤها لكن يستحب ذلك ليعلم خلوها من الحمل فيكون أحوط للمشترى وأقطع للنزاع ، قال أحمد : وإن كانت لامرأة فإنى أحب أن لا تبيعها حتى تستبرئها بحيضة فهو أحوط لها ، وإن كان يطؤها وكانت آيسة فليس عليه استبراؤها لأن انتفاء الحمل معلوم وإن كانت ممن تحمل وجب عليه استبراؤها . وبه قال النخعى والثورى . وعن أحمد رواية أخرى : لا يجب عليه استبراؤها ، وهو قول أبى حنيفة ومالك والشافعى . لأن عبد الرحمن بن عوف باع جارية كان يطؤها قبل استبرائها ، ولأن الاستبراء على المشترى فلا يجب على البائع فإن الاستبراء فى حق الحرة آكد ولا يجب قبل النكاح وبعده ، كذلك لا يجب فى الأمة قبل البيع وبعده .

ولنا أن عمر أنكر على عبد الرحمن بن عوف بيع جارية كان يطؤها قبل استبرائها ، فروى عبد الله بن عبيد بن عمير قال : باع عبد الرحمن بن عوف جارية كان يقع عليها قبل أن يستبرئها فظهر بها حمل عند الذى اشتراها : فخاصموه الى عمر فقال له عمر : كنت تقع عليها ؟ قال نعم ، قال فبعتها قبل أن تستبرئها ؟ قال نعم ، قال : ما كنت لذلك بخليق . قال فدعا القافة فنظروا إليه فألحقوه به ، ولأنه يجب

---

(١) هى المرأة الحبلى قد قاربت الولادة

على المشترى الاستبراء لحفظ مائه فكذلك البائع ، ولانه قبل الاستبراء مشكوك فى صحة البيع وجوازه لاحتمال أن تكون أم ولد فيجب الاستبراء لإزالة الاحتمال فإن خالف وباع فالبيع صحيح فى الظاهر ، لأن الأصل عدم الحمل ، ولأن عمر وعبد الرحمن لم يحكما بفســـاد البيع فى الامة التى باعها قبل استبرائها إلا بلحاق الولد به ، ولو كان البيع باطلا قبل ذلك لم يحتج الى ذلك .

وذكر أصحابنا الروايتين فى كل أمة يطؤها من غير تفريق بين الآيسة وغيرها والاولى أن ذلك لا يجب فى الايسة لأن علة الوجوب احتمال الحمل ، وهو وهم بعيد والاصل عدمه فلا نثبت به حكما بمجرده

( فصـــل ) وإذا اشترى جارية فظهر بها حمل لم يخل من أحوال خمسة : أحدها أن يكون البائع أقر بوطئها عند البيع أو قبله وأتت بولد لدون ستة أشهر أو يكون البائع ادعى الولد فصدقه المشترى فإن الولد يكون للبائع والجارية أم ولد له والبيع باطل .

الحال الثانى : أن يكون أحدهما استبرأها ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطئها المشترى فالولد للمشترى والجارية أم ولد له

الحال الثالث : أن تأتى به لأكثر من ستة أشهر بعد استبراء أحدهما لها ، ولأقل من ستة أشهر منذ وطئها المشترى . فلا يلحق نسبه بواحد منهما ويكون ملكا للمشترى ولا يملك فسخ البيع لأن الحمل تجدد فى ملكه ظاهراً . فإن ادعاه كل واحد منهما فهو للمشترى لانه ولد فى ملكه مع احتمال كونه منه ، وان ادعاه البائع وحده فصدقه المشترى لحقه وكان البيع باطلا ، وإن كذبه فالقول قول المشترى فى ملك الولد لان الملك انتقل اليه ظاهراً فلم تقبل دعوى البائع فيما يبطل حقه ، كما لو أقر بعد البيع أن الجارية مغصوبة أو معتقة ، وهل يثبت نسب الولد من البائع ؟ فيه وجهان

أحدهما : يثبت لانه نفع للولد من غير ضرر على المشترى فيقبل قوله فيه ، كما لو أقر لولده بمال .

والثانى : لا يقبل لان فيه ضرراً على المشترى ، فإنه لو أعتقه كان أبوه أحق

بعبراءته منه ، ولذلك لو أقر عبدان كل واحد منهما أنه أخو صاحبه لم يقبل إلا ببينة

الحال الرابع : أن تأتى به بعد ستة أشهر منذ وطئها المشترى قبل استبرائها فنسبه لاحق بالمشترى ، فإن ادعاه البائع فأقر له المشترى لحقه وبطل البيع ، وإن كذبه فالقول قول المشترى ، وان ادعى كل واحد منهما أنه من الآخر عرض على القافة فألحق بمن ألحقته به لحديث عبد الرحمن بن عوف ، ولأنه يحتمل كونه من كل واحد منهما ، وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما وينبغى أن يبطل البيع وتكون أم ولد للبائع لأننا نتبين أنها كانت حاملا منه قبل بيعها .

الحال الخامس : إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ باعها ولم يكن أقر بوطئها فالبيع صحيح فى الظاهر والولد مملوك للمشترى ، فان ادعاه البائع فالحكم فيه كما ذكرنا فى الحال الثالث سواء .

« مسألة » قال ﴿ وتجتنب الزوجة المتوفى عنها زوجها الطيب والزينة والبيتوتة فى غير منزلها والكحل بالاثمد والنقاب ﴾

هذا يسمى الإحداد ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى وجوبه على المتوفى عنها زوجها إلا عن الحسن فانه قال : لا يجب الإحداد ، وهو قول شذ به عن أهل العلم وخالف به السنة فلا يعرج عليه ، ويستوى فى وجوبه الحرة والامة والمسلمة والذمية ؛ والكبيرة والصغيرة ، وقال أصحاب الرأى : لا احداد على ذمية ولا صغيرة لأنهما غير مكلفتين .

ولنا عموم الأحاديث التى سنذكرها ، ولأن غير المكلفة تساوى المكلفة فى اجتناب المحرمات كالخمر والزنا ، وانما يفترقان فى الإثم فكذلك الاحداد ، ولأن حقوق الذمية فى النكاح كحقوق المسلمة فكذلك فيما عليها .

( فصل ) ولا احداد على غير الزوجات كأم الولد اذا مات سيدها . قال ابن المنذر : لا أعلمهم يختلفون فى ذلك ، وكذلك الامة التى يطؤها سيدها اذا مات عنها ولا الموطوءة بشبهة والمزنى بها لقول النبى صلى الله عليه وسلم « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر

وعشرا ، ولا إحداد على الرجعية بغير خلاف نعلمه ، لأنها فى حكم الزوجات لها أن تتزين لزوجها وتستشرف له ليرغب فيها وتنفق عنده كما تفعل فى صلب النكاح ولا إحداد على المنكوحة نكاحاً فاسداً لأنها ليست زوجة على الحقيقة ولا لها من كانت تحل له ويحل لها فتحزن على فقده .

( فصل ) وتجتنب الحادة ما يدعو إلى جماعها ويرغب فى النظر إليها ويحسنها وذلك أربعة أشياء .

أحدها الطيب ، ولا خلاف فى تحريمه عند من أوجب الاحداد لقول النبى صلى الله عليه وسلم « لا تمس طيباً إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها بنبذة من قسط أو اظفار » متفق عليه .

وروت زينب بنت أم سلمة قالت : دخلت على أم حبيبة زوج النبى صلى الله عليه وسلم حين توفى أبوها أبو سفيـان فدعت بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره فدهنت منه جارية ثم مست بعارضها ثم قالت : والله مالى بالطيب من حاجة ، غير أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » متفق عليه ، ولأن الطيب يحرك الشهوة ويدعو إلى المباشرة ولا يجوز لها استعمال الأدهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والياسمين والبان وما أشبهه لأنه استعمال للطيب ، فأما الأدهان بغير المطيب كالزيت والشيرج والسمن فلا بأس به لأنه ليس بطيب .

الثانى . اجتناب الزينة ، وذلك واجب فى قول عامة أهل العلم ، منهم ابن عمر وابن عباس وعطـاء ، وجماعة أهل العلم يكرهون ذلك وينهون عنه ، وهو ثلاثة أقســام .

أحدها : الزينة فى نفسها فيحرم عليها أن تختضب وان تحمر وجهها بالكلكون وأن تبيضه باسفيذاج العرايس وأن تجعل عليه صبرا يصفره وأن تنقش وجهها ويديها وأن تحفف وجهها وما أشبهه مما يحسنها وأن تكتحل بالاثمد من غير ضرورة ، وذلك لما روت أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلى ولا تختضب ولا تكتحل

رواه النسائي وأبو داود ، وروت أم عطية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام إلا على زوج فإنها تحد أربعة أشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغا إلا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس طيباً إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها بنبذة من قسط أو اظفار » متفق عليه .

وعن أم سلمة قالت : جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت « يارسول الله إن ابنتي توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفتكحلها ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا . مرتين أو ثلاثا » متفق عليه

وروت أم سلمة قالت « دخل عليّ رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفى أبو سلمة وقد جعلت على عيني صبرا فقال : ماذا يا أم سلمة ؟ قلت : إنما هو صبر ليس فيه طيب قال إنه يشب الوجه لا تجعليه إلا بالليل وتنزعيه بالنهار ، ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب قال قلت بأي شيء أمتشط . قال بالسدر تغلفين به رأسك » ولأن الكحل من أبلغ الزينة والزينة تدعو إليها وتحرك الشهوة فهي كالطيب وأبلغ منه .

وحكى عن بعض الشافعية أن للسوداء أن تكتحل ، وهو مخالف للخبر والمعنى فإنه يزينها ويحسنها ، وإن اضطرت الحادة إلى الكحل بالاثمد للتداوى فلها أن تكتحل ليلا وتمسحه نهارا ، ورخص فيه عند الضرورة عطاء والنخعي ومالك وأصحاب الرأي لما روت أم حكيم بنت أسد عن أمها أن زوجها توفى وكانت تشتكي عينها فتكتحل بالجلاء فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة تسألها عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحلي إلا لما لا بد منه يشتد عليك فتكتحلين بالليل وتغسلينه بالنهار رواه أبو داود والنسائي . وإنما منع من الكحل بالاثمد لانه الذي تحصل به الزينة . فأما الكحل بالتوتيا والعنزروت ونحوهما فلا بأس به لانه لازينة فيه بل يقبح العين ويزيدها مرها ، ولا تمنع من جعل الصبر على غير وجهها من بدنها لأنه إنما منع منه في الوجه لأنه يصفره فيشبه الخضاب ، ولهذا قال النبي ( ص ) أنه يشب الوجه ، ولا تمنع من التنظيف بتقليم الاظفار ونتف الابط وحلق الشعر المندوب الى حلقه ولا من الاغتسال بالسدر والامتشاط به لحديث أم سلمة ، ولانه يراد للتنظيف لا للطيب .

القسم الثاني : زينة الثياب ، فتحرم عليها الثياب المصبغة للتحسين كالمعصفر والمزعفر وسائر الأحمر وسائر الملون للتحسين كالأزرق الصافي والأخضر الصافي والأصفر فلا يجوز لبسه لقول النبي ( ص ) « لا تلبس ثوبا مصبوغا » وقوله « لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق » .

فأما ما لا يقصد بصبغه حسنه كالكحلي والأسود والأخضر المشبع فلا تمنع منه لأنه ليس بزينة وما صبغ غزله ثم نسج فيه احتمالان ·
أحدهما : يحرم لبسه لأنه أرفع وأحسن ولأنه مصبوغ للحسن فأشبه ما صبغ بعد نسجه . والثاني . لا يحرم لقول رسول الله (ص) في حديث أم سلمة « إلا ثوب عصب » وهو ما صبغ غزله قبل نسجه . ذكره القاضي ولأنه لم يصبغ وهو ثوب فأشبه ما كان حسنا من الثياب غير مصبوغ . والاول أصح .

وأما العصب فالصحيح أنه نبت تصبغ به الثياب ، قال صاحب الروض الانف الورس والعصب نبتان باليمن لا ينبتان إلا به ، فأرخص النبي صلى الله عليه وسلم للحادة في لبس ما صبغ بالعصب لانه في معنى ما صبغ لغير التحسين . أما ما صبغ غزله للتحسين كالاحمر والاصفر فلا معنى لتجويز لبسه مع حصول الزينة بصبغه كحصولها بما صبغ بعد نسجه . ولا تمنع من حسان الثياب غير المصبوغة وان كان رقيقا سواء كان من قطن أو كتان أو إبريسم لان حسنه من أصل خلقته فلا يلزم تغييره ، كما أن المرأة إذا كانت حسنة الخلقة لا يلزمها أن تغير لونها وتشوه نفسها
القسم الثالث : الحلي فيحرم عليها لبس الحلي كله حتى الخاتم في قول عامة أهل العلم ، لقول النبي (ص) « ولا الحلي » .
وقال عطاء : يباح حلي الفضة دون الذهب ، وليس بصحيح لأن النهي عام ؛ ولان الحلي يزيد حسنها ويدعو الى مباشرتها قالت إمرأة .

وما الحلي إلا زينة لنقيصة تتمم من حسن إذا الحسن قصرا

( فصل ) والثالث مما تجتنبه الحادة النقاب وما في معناه مثل البرقع ونحوه لأن المعتدة مشبهة بالمحرمة والمحرمة تمنع من ذلك وإذا احتاجت الى ستر وجهها أسدلت عليه كما تفعل المحرمة .

( فصل ) والرابع المبيت فى غير منزلها ومن أوجب على المتوفى عنها زوجها الاعتداد فى منزلها عمر وعثمان رضى الله عنهما ، وروى ذلك عن ابن عمر وابن مسعود وأم سلمة ، وبه يقول مالك والثورى والأوزاعى وأبو حنيفة والشافعى واسحاق . وقال ابن عبد البر : وبه يقول جماعة فقهاء الامصار بالحجاز والشام والعراق ومصر .

وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء تعتد حيث شاءت ، وروى ذلك عن على وابن عباس وجابر وعائشة رضى الله عنهم وقال ابن عباس نسخت هذه الاية عدتها عند أهله وسكنت فى وصيتها وان شاءت خرجت لقول الله تعالى ( فإن خرجن فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن ) قال عطاء : ثم جاء الميراث فنسخ السكنى تعتد حيث شاءت . رواهما أبو داود .

ولنا ما روت فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبى سعيد الخدرى « أنها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته أن زوجها خرج فى طلب أعبد له فقتلوه بطرف القدوم ، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أرجع الى أهلى فإن زوجى لم يتركنى فى مسكن يملكه ولا نفقة . قالت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : نعم . قالت فخرجت حتى اذا كنت فى الحجرة أو فى المسجد دعانى أو أمر بى فدعيت له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : كيف قلت ؟ فرددت عليه القصة فقال : امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله . فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً فلما كان عثمان بن عفان أرسل الى فسألنى عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به » رواه مالك فى موطئه والاثرم وهو حديث صحيح قضى به عثمان فى جماعة الصحابة فلم ينكروه .

اذا ثبت هذا : فإنه يجب الاعتداد فى المنزل الذى مات زوجها وهى ساكنة به سواء كان مملوكا لزوجها أم بإجارة أو عارية لان النبى صلى الله عليه وسلم قال لفريعة : امكثى فى بيتك ، ولم تكن فى بيت يملكه زوجها ، وفى بعض ألفاظه « اعتدى فى البيت الذى أتاك فيه نعى زوجك » . وفى لفظ « اعتدى حيث أتاك الخبر » فإن أتاها الخبر فى غير مسكنها رجعت الى مسكنها فاعتدت فيه . وقال سعيد بن المسيب والنخعى لا تبرح من مكانها الذى أتاها فيه نعى زوجها

اتباعا للفظ الخبر الذى رويناه . ولنا قوله عليه السلام « امكثى فى بيتك » واللفظ الآخر قضية فى عين ، والمراد به هذا فإن قضايا الأعيان لا عموم لها ثم لا يمكن حمله على العموم فإنه لا يلزمها الاعتداد فى السوق والطريق والبرية إذا أتاها الخبر وهى فيها .

( فصل ) فإن خافت هدما أو غرقا أو عدواً أو نحو ذلك أو حولها صاحب المنزل لكونه عارية رجع فيها أو بإجارة انقضت مدتها أو منعها السكنى تعديا أو امتنع من إجارته أو طلب به أكثر من أجرة المثل أو لم تجد ما تكترى به أو لم تجد إلا من مالها فلها أن تنتقل لأنها حال عذر ولا يلزمها بذلك أجر المسكن وانما الواجب عليها فعل السكنى لا تحصيل المسكن ، وإذا تعذرت السكنى سقطت ولها أن تسكن حيث شاءت . ذكره القاضى

وذكر أبو الخطاب أنها تنتقل إلى أقرب ما يمكنها النقلة اليه : وهو مذهب الشافعى لأنه أقرب إلى موضع الوجود فأشبه من وجبت عليه الزكاة فى موضع لا يجد فيه أهل السهمان فإنه ينقلها الى أقرب موضع يجدهم فيه .

ولنا أن الواجب سقط لعذر ولم يرد الشرع له ببدل فلا يجب كما لو سقط الحج للعجز عنه وفوات شرط ، والمعتكف إذا لم يقدر على الاعتكاف فى المسجد ، ولأن ما ذكروه إثبات حكم بلا نص ولا معنى نص فإن معنى الاعتداد فى بيتها لا يوجد فى السكنى فيما قرب منه ويفارق أهل السهمان فإن القصد نفع الأقرب ، وفى نقلها الى أقرب موضع يجده نفع الأقرب فوجب لذلك .

( فصل ) قال أصحابنا ولا سكنى للمتوفى عنها إذا كانت حائلا رواية واحدة ، وإن كانت حاملا ففيه روايتين وللشافعى فى سكنى المتوفى عنها قولان وجه الوجوب قوله تعالى ( والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا الى الحول غير إخراج ) فنسخ بعض المدة وبقى باقيها على الوجوب ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر فريعة بالسكنى فى بيتها من غير استئذان الورثة ، ولو لم تجب السكنى لم يكن لها أن تسكن إلا بإذنهم كما أنها ليس لها أن تتصرف فى شيء من مال زوجها بغير إذنهم .

ولنا : أن الله تعالى إنما جعل للزوجة ثمن التركة أو ربعها وجعل باقيها لسائر الورثة والمسكن من التركة ، فوجب أن لا يستحق منه أكثر من ذلك ولأنها بائن من زوجها فأشبهت المطلقة ثلاثا ، وأما إذا كانت حاملا وقلنا لها السكنى فلأنها حامل من زوجها فوجب لها السكنى قياساً على المطلقة .

فأما الآية التى احتجوا بها فإنها منسوخة ، وأما أمر النبى صلى الله عليه وسلم فريعة بالسكنى فقضية فى عين يحتمل أنه عليه السلام علم أن الوارث يأذن فى ذلك أو يكون الامر يدل على وجوب السكنى عليها ويتقيد ذلك بالامكان وإذن الوارث من جملة ما يحصل الامكان به .

فإذا قلنا لها السكنى فهى أحق بسكنى المسكن الذى كانت تسكنه من الورثة والغرماء من رأس مال المتوفى ولا يباع فى دينه بيعا يمنعها السكنى فيه حتى تقضى العدة ، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو حنيفة وجمهور العلماء ، وان تعذر المسكن فعلى الوارث أن يكترى لها مسكنا من مال الميت فإن لم يفعل أجبره الحاكم ، وليس لها أن تنتقل من مسكنها إلا لعذر كما ذكرنا ، وان اتفق الوارث والمرأة على نقلها عنه لم يجز لأن هذه السكنى يتعلق بها حق الله تعالى لأنها تجب للعدة والعدة يتعلق بها حق الله تعالى فلم يجز اتفاقهما على ابطالها بخلاف سكنى النكاح فانها حق لها ، ولان السكنى ههنا من الاحداد فلم يجز الاتفاق على تركها كسائر خصال الاحداد . وليس لهم أن يخرجوها الا أن تأتى بفاحشة مبينة لقوله تعالى ( لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة ) وهى أن تطول لسانها على أحمائها وتؤذيهم بالسب ونحوه ، وروى ذلك عن ابن عباس ، وهو قول الأكثرين

وقال ابن مسعود والحسن : هى الزنا لقول الله تعالى ( واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم واخراجهن هو الاخراج لإقامة حد الزنا ثم ترد الى مكانها .

ولنا : أن الآية تقتضى الاخراج عن السكنى وهذا لا يتحقق فيما قالاه ، وأما الفاحشة فهى اسم للزنا وغيره من الأقوال الفاحشة . يقال أفحش فلان فى مقاله ، ولهذا روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قالت له عائشة « يا رسول الله

قلت لفلان بئس أخو العشيرة فلما دخل ألنت له القول فقال : يا عائشة ان الله لا يحب الفحش ولا التفحش » .

اذا ثبت هذا : فان الورثة يخرجونها عن ذلك المسكن الى مسكن آخر من الدار ان كانت كبيرة تجمعهم فان كانت لا تجمعهم أو لم يمكن نقلها الى غيره في الدار ولم يتخلصوا من أذاها بذلك فلهم نقلها .

وقال بعض أصحابنا : ينتقلون هم عنها لأن سكناها واجب في المكان وليس بواجب عليهم والنص يدل على أنها تخرج فلا يعرج على ما خالفه ، ولأن الفاحشة منها فكان الاخراج لها ، وان كان أحماؤها هم الذين يؤذونها ويفحشون عليها نقلوا هم دونها فانها لم تأت بفاحشة فلا تخرج بمقتضى النص ، ولأن الذنب لهم فيخصون بالاخراج ، وان كان المسكن لغير الميت فتبرع صاحبه باسكانها فيه لزمها الاعتداد به ، وان أبى أن يسكنها الا بأجرة وجب بذلها من مال الميت الا أن يتبرع انسان ببذلها فيلزمها الاعتداد به فإن حولها صاحب المكان أو طلب أكثر من أجرة المثل ، فعلى الورثة اسكانها ان كان للميت تركة يستأجر لها به مسكن لأنه حق لها يقدم على الميراث فان اختارت النقلة عن هذا المسكن الذي ينقلونها اليه فلها ذلك لان سكناها به حق لها وليس بواجب عليها . فان المسكن الذي كان يجب عليها السكنى به هو الذي كانت تسكنه حين موت زوجها . وقد سقطت عنها السكنى به ، وسواء كان المسكن الذي كانت به لابويها أو لاحدهما أو لغيرهم ، وان كانت تسكن في دارها فاختارت الاقامة فيها والسكنى بها متبرعة أو بأجرة تأخذها من التركة جاز ويلزم الورثة بذل الاجرة اذا طلبتها وان طلبت أن تسكن غيرها وتنتقل عنها فلها ذلك لأنه ليس عليها أن تؤجر دارها ولا تعيرها وعليهم اسكانها .

( فصل ) فأما اذا قلنا ليس لها السكنى فتطوع الورثة باسكانها في مسكن زوجها أو السلطان أو أجنبي لزمها الاعتداد به ، وان منعت السكنى به أو طلبوا منها الأجرة فلها أن تنتقل عنه الى غيره كما ذكرنا فيما اذا أخرجها المؤجر عند انقضاء الاجارة وسواء قدرت على الاجرة أو عجزت عنها لانه إنما تلزمها السكنى

لا تحصيل المسكن ، وان كانت فى مسكن لزوجها فأخرجها الورثة منه وبذلوا لها مسكنا آخر لم تلزمها السكنى ، وكذلك ان أخرجت من المسكن الذى هى به أو خرجت لأى عارض كان لم تلزمها السكنى فى موضع معين سواه سواء بذله الورثة أو غيرهم لأنها إنما يلزمها الاعتداد فى بيتها الذى كانت فيه لا فى غيره ، وكذلك إذا قلنا لها السكنى فتعذر سكناها فى مسكنها وبذل لها سواه وان طلبت مسكنا سواه لزم الورثة تحصيله بأجرة او بغيرها ان خلف الميت تركة تفى بذلك ويقدم ذلك على الميراث لأنه حق على الميت فأشبه الدين فإن كان على الميت دين يستغرق ماله ضربت بأجرة المسكن مع الغرماء لأن حقها مساو لحقوق الغرماء وتستأجر بما يصيبها موضعاً تسكنه ، وكذلك الحكم فى المطلقة إذا حجر على الزوج قبل أن يطلقها ثم طلقها فإنها تضرب بأجرة المسكن لمدة العدة مع الغرماء إذا كانت حاملا . فإن قيل فهلا قدمتم حق الغرماء لأنه أسبق ؟ قلنا . لأن حقها ثبت عليه بغير اختيارها فشاركت الغرماء فيه كما لو أتلف المفلس مالا لإنسان أو جنى عليه، وان مات وهى فى مسكنه لم يجز إخراجها منه لأن حقها تعلق بعين المسكن قبل تعلق حقوق الغرماء بعينه فكان حقها مقدما كحق المرتهن ، وإن طلب الغرماء بيع هذا المسكن وترك السكنى لها مدة العدة لم يجز لأنها انما تستحق السكنى اذا كانت حاملا ومدة الحمل مجهولة فتصير كما لو باعها واستثنى نفعها مدة مجهولة ، وان أراد الورثة قسمة مسكنها على وجه يضر بها فى السكنى لم يكن لهم ذلك ، وان أرادوا التعليم بخطوط من غير نقض ولا بناء جاز لأنه لا ضرر عليها فيه .

( فصــــل )

واذ قلنا انها تضرب مع الغرماء بقدر مدة عدتها فإنها تضرب بمدة عادتها فى وضع الحمل ان كانت حاملا ، وان كانت مطلقة من ذوات القروء . وقلنا لها السكنى ضربت بمدة عادتها فى القروء . فإن لم تكن لها عادة ضربت بغالب عادات النساء وهو تسعة أشهر للحمل وثلاثة أشهر لكل قرء شهر . أو بما بقى من ذلك ان كان قد مضى من مدة حملها شيء لأنه لا يمكن تأخير القسمة لحق الغرماء فإذا ضربت بذلك فوافق الصواب فلم تزد ولم تنقص استقر الحكم وتستأجر بما يحصل لها مكانا تسكنه ، وإذا تعذر ذلك سكنت حيث شاءت ، وان كانت المدة أقل مما

ضربت به مثل أن وضعت حملها لستة أشهر أو تربصت ثلاثة قروء فى شهرين فعليها رد الفضل وتضرب فيه بحصتها منه ، وان طالت العدة أكثر من ذلك مثل أن وضعت حملها فى عام أو رأت ثلاثة قروء فى نصف عام رجعت بذلك على الغرماء كما يرجعون عليها فى صورة النقص . ويحتمل أن لا ترجع به ويكون فى ذمة زوجها لاننا قدرنا ذلك مع تجويز الزيادة فلم تكن لها الزيادة عليه

( فصل ) وللمعتدة الخروج فى حوائجها نهاراً سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها : لما روى جابر قال : طلقت خالتى ثلاثاً فخرجت تجذ نخلها فلقيها رجل فنهاها فذكرت ذلك للنبى (ص) فقال . اخرجى فجذى نخلك لعلك أن تتصدقى منه أو تفعلى خيراً ، رواه النسائى وأبو داود

وروى مجاهد قال : استشهد رجال يوم أحد فجاء نساؤهم رسول الله (ص) وقلن يا رسول الله نستوحش بالليل أفنبيت عند احدانا ، فإذا أصبحنا بادرنا الى بيوتنا ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تحدثن عند احداكن حتى اذا أردتن النوم فلتؤب كل واحدة الى بيتها ، وليس لها المبيت فى غير بيتها ولا الخروج ليلا الا لضرورة لان الليل مظنة الفساد بخلاف النهار فإنه مظنة قضاء الحوائج والمعاش وشراء ما يحتاج اليه وان وجب عليها حق لا يمكن استيفاؤه الا بها كاليمين والحد وكانت ذات خدر بعث اليها الحاكم من يستوفى الحق منها فى منزلها . وان كانت برزة جاز احضارها لاستيفائه فاذا فرغت رجعت الى منزلها .

فصل

والامة كالحرة فى الاحداد والاعتداد فى المنزل الا أن سكناها فى العدة كسكناها فى حياة زوجها للسيد امساكها نهاراً وارسالها ليلا فان أرسلها ليلا ونهاراً اعتدت زمانها كله فى المنزل وعلى الورثة سكناها فيهما كالحرة سواء .

( فصل ) والبدوية كالحضرية فى الاعتداد فى منزلها الذى مات زوجها وهى ساكنة فيه فان انتقلت الحلة انتقلت معهم لأنها لا يمكنها المقام وحدها ، وان انتقل غير أهلها لزمها المقام معهم . وان انتقل أهلها انتقلت معهم الا أن يبقى من الحلة من لا تخاف على نفسها معهم فتكون مخيرة بين الاقامة والرحيل وان هرب أهلها فخافت هربت معهم وان أمنت أقامت لقضاء العدة فى منزلها .

( فصــل ) فإن مات صاحب السفينة وإمرأته فى السفينة ولها مسكن فى البر فحكمها حكم المسافرة فى البر على ما سنذكره ، وان لم يكن لها مسكن سواها وكان فيها بيت يمكنها السكنى فيه بحيث لا تجتمع مع الرجال وأمكنها المقام فيه بحيث تأمن على نفسها ومعها محرمها لزمها أن تعتد به فإن كانت ضيقة وليس معها محرمها أو لا يمكنها الاقامة فيها إلا بحيث تختلط بالرجال لزمها الانتقال منها الى موضع سواها

« مسألة » قال ( والمطلقة ثلاثا تتوقى الطيب والزينة والكحل بالأثمد )

اختلفت الرواية عن أحمد فى وجوب الاحداد على المطلقة البائن فعنه يجب عليها وهو قول سعيد بن المسيب وأبى عبيد وأبى ثور وأصحاب الرأى . والثانية : لا يجب عليها وهو قول عطاء وربيعة ومالك وابن المنذر ونحوه قول الشافعى لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » وهذه عدة الوفاة فيدل على أن الاحداد إنما يجب فى عدة الوفاة ، ولأنها معتدة عن غير وفاة فلم يجب عليها الاحداد كالرجعية والموطوءة بشبهة ولأن الاحداد فى عدة الوفاة لاظهار الأسف على فراق زوجها وموته .

فأما الطلاق فإنه فارقها باختيار نفسه وقطع نكاحها فلا معنى لتكليفها الحزن عليه ولأن المتوفى عنها لو أتت بولد لحق الزوج وليس له من ينفيه فاحتيط عليها بالاحداد لئلا يلحق بالميت من ليس منه بخلاف المطلقة فإن زوجها باق فهو يحتاط عليها بنفسه وينفى ولدها إذا كان من غيره .

ووجه الرواية الأولى : أنها معتدة بائن من نكاح فلزمها الاحداد كالمتوفى عنها زوجها وذلك لأن العدة تحرم النكاح فحرمت دواعيه ، ويخرج على هذا الرجعية فإنها زوجة والموطوءة بشبهة ليست معتدة من نكاح فلم تكمل الحرمة ، فأما الحديث فانما مدلوله تحريم الاحداد على ميت غير الزوج ونحن نقول به ، ولهذا جاز الاحداد هنا بالاجماع ، فاذا قلنا يلزمها الاحداد لزمها شيئان توقى الطيب والزينة فى نفسها على ما قدمنا فيها ولا تمنع من النقاب ولا من الاعتداد فى غير منزلها ولذلك أمر

النبي ص ، فاطمة بنت قيس أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم على ما سنذكره إن شاء الله

( فصل ) واذا كانت المبتوتة حاملا وجب لها السكنى رواية واحدة . ولا نعلم بين أهل العلم خلافا فيه ، وان لم تكن حاملا ففيها روايتان .

إحداهما . لا يجب لها ذلك ، وهو قول ابن عباس وجابر ، وبه قال عطاء وطاوس والحسن وعمرو بن ميمون وعكرمة وإسحاق وأبو ثور وداود .

والثانية : يجب لها ذلك ، وهو قول ابن مسعود وابن عمر وعائشة وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم وأبي بكر بن عبد الرحمن وخارجه بن زيد وسليمان بن يسار ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لقول الله تعالى ( لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة ) وقال تعالى ( أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ) فأوجب لهن السكنى مطلقاً ثم خص الحامل بالانفاق عليها .

ولنا ما روت فاطمة بنت قيس « أن أبا عمرو بن حفص طلقها البته وهو غائب فأرسل اليها وكيله بشعير فتسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال لها : ليس لك عليه نفقه ولا سكنى ، فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك — ثم قال — إن تلك إمرأة يغشاها أصحابي اعتدي في بيت ابن أم مكتوم » متفق عليه .

فان قيل : فقد أنكر عليها عمر وقال « ما كنا لندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول إمرأة لا ندري أصدقت أم كذبت ؟ » وقال عروة « لقد عابت عائشة ذلك أشد العيب وقال انها كانت في مكان وحش فخيف على ناحيتها » .

وقال سعيد بن المسيب « تلك امرأة فتنت الناس إنها كانت لسنة فوضعت على يدي ابن أم مكتوم الأعمى » قلنا : أما مخالفة الكتاب فان فاطمة لما أنكروا عليها قالت بيني وبينكم كتاب الله ، قال الله تعالى ( لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً ) فأي أمر يحدث بعد الثلاث ؟ « فكيف تقولون لا نفقة لها إذا لم تكن حاملا فعلام تحبسونها ؟ فكيف تحبس امرأة بغير نفقة ؟ وأما قولهم : ان عمر قال . لا ندع كتاب ربنا فقد أنكر أحمد هذا القول عن عمر قال ولكنه قال

لا يجيز في ديننا قول امرأة، وهذا مجمع على خلافه وقد أخذنا بخبر فريعة وهي امرأة وبرواية عائشة وأزواج رسول الله (ص) في كثير من الأحكام وصار أهل العلم الى خبر فاطمة هذا في كثير من الأحكام مثل سقوط نفقة المبتوتة إذا لم تكن حاملا ونظر المرأة الى الرجال وخطبة الرجل على خطبة أخيه إذا لم تكن سكنت الى الأول

وأما تأويل من تأول حديثها فليس بشيء فإنها تخالفهم في ذلك وهي أعلم بحالها ولم يتفق المتأولون على شيء، وقد رد على من رد عليها، فقال ميمون بن مهران لسعيد بن المسيب لما قال، تلك امرأة فتنت الناس لئن كانت إنما أخذت بما أفتاها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما فتنت الناس، وان لنا في رسول الله (ص) أسوة حسنة، مع أنها أحرم الناس عليه ليس له عليها رجعة ولا بينهما ميراث:

وقول عائشة، إنها كانت في مكان وحش، لا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم علل بغير ذلك فقال، يا ابنة آل قيس إنما السكنى والنفقة ما كان لزوجك عليك الرجعة، هكذا رواه الحميدي والأثرم. ولأنه لو صح ما قالته عائشة أو غيرها من التأويل ما احتاج عمر في رده إلى أن يعتذر بأنه قول امرأة. ثم فاطمة صاحبة القصة وهي أعرف بنفسها وبحالها. وقد أنكرت على من أنكر عليها وردت على من رد خبرها أو تأوله بخلاف ظاهره فيجب تقديمها لمعرفتها بنفسها وموافقتها ظاهر الخبر كما في سائر ما هذا سبيله

## فصل

قال أصحابنا. ولا يتعين الموضع الذي تسكنه في الطلاق سواء قلنا لها السكنى أو لم نقل. بل يتخير الزوج بين إقرارها في الموضع الذي طلقها فيه وبين نقلها الى مسكن مثلها. والمستحب إقرارها لقوله تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) ولأن فيه خروجا من الخلاف فإن الذين ذكرنا عنهم أن لها السكنى يرون وجوب الاعتداد عليها في منزلها، وإن كانت في بيت يملك الزوج سكناه ويصلح لمثلها اعتدت فيه فإن ضاق عنهما انتقل عنها وتركه لها لأنه يستحب سكناها في الموضع الذي طلقها فيه.

وإن اتسع الموضع لهما، وفي الدار موضع لها منفرد كالحجرة أو علو الدار أو سفلها وبينهما باب مغلق سكنت فيه وسكن الزوج في الباقي لأنهما كالحجرتين

المتجاورتين، وإن لم يكن بينهما باب مغلق لكن لها موضع تستتر فيه بحيث لا يراها ومعها محرم تتحفظ به جاز، لأن مع المحرم يؤمن الفساد ويكره في الجملة. لأنه لا يؤمن النظر وإن لم يكن معها محرم لم يجز. لقول النبي (ص) « لا يخلون رجل بامرأة ليست له بمحرم فإن ثالثهما الشيطان » وإن امتنع من إسكانها وكانت ممن لها عليه السكنى أجبره الحاكم، فإن كان الحاكم معدوما رجعت على الزوج وان كان الحاكم موجودا فهل ترجع؟ على روايتين. وإن كان الزوج حاضراً ولم يمنعها من المسكن فاكترت لنفسها موضعاً أو سكنت في موضع تملكه لم ترجع بالأجرة لأنها تبرعت بذلك فلم ترجع به على أحد. وإن عجز الزوج عن إسكانها لعسرته أو غيبته أو امتنع من ذلك مع قدرته سكنت حيث شاءت. وكذلك المتوفى عنها زوجها إذا لم يسكنها ورثته. لأنه إنما تلزمها السكنى في منزله لتحصين مائه. فإذا لم تفعل لم يلزمها ذلك.

« مسألة » قال ﴿ وإذا خرجت الى الحج فتوفى عنها زوجها وهي بالقرب رجعت لتقضي العدة، فإن كانت قد تباعدت مضت في سفرها فإن رجعت وقد بقي من عدتها شيء أتت به في منزلها ﴾.

وجملته أن المعتدة من الوفاة ليس لها أن تخرج الى الحج ولا الى غيره، روى ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما، وبه قال سعيد بن المسيب والقاسم ومالك والشافعي وأبو عبيد واصحاب الرأي والثوري. وان خرجت فمات زوجها في الطريق رجعت ان كانت قريبة لأنها في حكم الإقامة. وان تباعدت مضت في سفرها. وقال مالك ترد مالم تحرم. والصحيح أن البعيدة لا ترد لأنه يضر بها وعليها مشقة ولا بد لها من سفر وان رجعت

قال القاضي. ينبغي أن يحد القريب بما لا تقصر فيه الصلاة والبعيد ما تقصر فيه، لأن مالا تقصر الصلاة فيه أحكامه أحكام الحضر. وهذا قول أبي حنيفة الا أنه لا يرى القصر الا في مسيرة ثلاثة أيام، فقال: متى كان بينها وبين مسكنها دون ثلاثة أيام فعليها الرجوع اليه، وان كان فوق ذلك لزمها المضي الى مقصدها والاعتداد فيه إذا كان بينها وبينه دون ثلاثة أيام وان كان بينه وبينها ثلاثة أيام

وفى موضعها الذى هى به موضع يمكنها الإقامة فيه لزمها الإقامة ، وإن لم يمكنها الاقامة مضت إلى مقصدها .

وقال الشافعى : إن فارقت البنيان فلها الخيار بين الرجوع والتمام لأنها صارت فى موضع أذن لها زوجها فيه وهو السفر . فأشبه ما لو كانت قد بعدت

ولنا على وجوب الرجوع إذا كانت قريبة ما روى سعيد ثنا جرير عن منصور عن سعيد بن المسيب قال : توفى أزواج نساؤهن حاجات أو معتمرات فردهن عمر من ذى الحليفة حتى يعتددن فى بيوتهن ، ولأنه أمكنها الاعتداد فى منزلها قبل أن يبعد سفرها فلزمها كما لو لم تفارق البنيان . وعلى أن البعيدة لا يلزمها الرجوع أن عليها مشقة وتحتاج الى سفر فى رجوعها فأشبهت من بلغت مقصدها :

وإن اختارت البعيدة الرجوع فلها ذلك إذا كانت تصل الى منزلها قبل انقضاء عـــدتها ، ومتى كان عليها فى الرجوع خوف أو ضرر فلها المضى فى سفرها كما لو بعدت ، ومتى رجعت وقد بقى عليها شيء من عدتها لزمها أن تأتى به فى منزل زوجها بلا خلاف نعلمه بينهم فى ذلك . لأنه أمكنها الاعتداد فيه فلزمها كما لو لم تسافر منه .

( فصل . ولو كانت عليها حجة الاسلام فمات زوجها لزمتها العدة فى منزلها ، وإن فاتها الحج . لأن العدة فى المنزل تفوت ولا بدل لها والحج يمكن الاتيان به فى غير هذا العام . وإن مات زوجها بعد إحرامها بحج الفرض أو بحج أذن لها زوجها فيه نظرت فإن كان وقت الحج متسعا لا تخاف فوته ولا فوت الرفقة لزمها الاعتداد فى منزلها لأنه أمكن الجمع بين الحقين فلم يجز اسقاط أحـدهما ، وان خشيت فوات الحج لزمها المضى فيه . وبهذا قال الشافعى

وقال أبو حنيفة : يلزمها المقام وان فاتها الحج لأنها معتدة فلم يجز لها أن تنشىء سفراً ، كما لو أحرمت بعد وجوب العدة عليها

ولنا انهما عبادتان استويا فى الوجوب وضيق الوقت فوجب تقديم الاسبق منهما ، كما لو كانت العدة أسبق ، ولأن الحج آكد لأنه أحد أركان الاسـلام والمشقة بتفويته تعظم فوجب تقديمه كما لو مات زوجها بعد أن بعد سفرها اليه ، وان أحرمت بالحج بعد موت زوجها وخشيت فواته احتمل أن يجوز لها المضى

اليه لما فى بقائها فى الاحرام من المشقة ، واحتمل أن يلزمها الاعتداد فى منزلها لأن العدة أسبق . ولأنها فرطت وغلظت على نفسها ، فإذا قضت العدة وأمكنها السفر الى الحج لزمها ذلك ، فإن أدركته والا تحللت بعمل عمرة . وحكمها فى القضاء حكم من فاته الحج ، وان لم يمكنها السفر فحكمها حكم المحصر كالتى يمنعها زوجها من السفر وحكم الاحرام بالعمرة كذلك اذا خيف فوات الرفقة أو لم يخف .

فصل

واذا أذن لها زوجها للسفر لغير النقلة فخرجت ثم مات زوجها فالحكم فى ذلك كالحكم فى سفر الحج على ما ذكرنا من التفصيل ، واذا مضت الى مقصدها فلها الاقامة حتى تقضى ما خرجت اليه وتنقضى حاجتها من تجارة أو غيرها ، وان كان خروجها لنزهة أو زيارة أو لم يكن قدر لها مدة فإنها تقيم اقامة المسافر ثلاثاً ، وان قدر لها مدة فلها اقامتها لأن سفرها بحكم اذنه فكان لها اقامة ما أذن لها فيه ، فإذا مضت مدتها أو قضت حاجتها ولم يمكنها الرجوع لخوف أو غيره أتمت العدة فى مكانها ، وان أمكنها الرجوع لكن لا يمكنها الوصول الى منزلها حتى تنقضى عدتها لزمتها الاقامة فى مكانها ، لأن الاعتداد وهى مقيمة أولى من الاتيان بها فى السفر ، وان كانت تصل وقد بقى من عدتها شىء لزمها العود لتأتى بالعدة فى مكانها .

( فصل ) وان أذن الزوج لها فى الانتقال الى دار أخرى أو بلد آخر فمات قبل انتقالها لزمها الاعتداد فى الدار التى هى بها لانها بيتها ، وسواء مات قبل نقل متاعها أو بعده لأنها مسكنها ما لم تنتقل عنه .

وان مات بعد انتقالها الى الثانية اعتدت فيها لأنها مسكنها ، وسواء كانت قد نقلت متاعها أو لم تنقله ، وان مات وهى بينهما فهى مخيرة لانها لا مسكن لها منهما ، فإن الاولى قد خرجت عنها منتقلة فخرجت عن كونها مسكنا لها . والثانية لم تسكن بها فهما سواء .

وقيل يلزمها الاعتداد فى الثانية لأنها المسكن الذى أذن لها زوجها فى السكنى به ، وهذا يمكن فى الدارين ، فأما اذا كانا بلدين لم يلزمها الانتقال الى البلد الثانى

بحال لانها إنما كانت تنتقل لغرض زوجها فى صحبتها إياه واقامتها معه، فلو ألزمناها ذلك بعد موته لكلفناها السفر الشاق والتغرب عن وطنها وأهلها والمقام مع غير محرمها والمخاطرة بنفسها مع فوات الغرض. وظاهر حال الزوج أنه لو علم أنه يموت لما نقلها فصارت الحياة مشروطة فى النقلة.

فأما ان انتقلت الى الثانية ثم عادت الى الاولى لنقل متاعها فمات زوجها وهى بها فعليها الرجوع الى الثانية لانها صارت مسكنها بانتقالها اليها وانما عادت الى الاولى لحاجة والاعتبار بمسكنها دون موضعها، وان مات وهى فى الثانية فقالت أذن لى زوجى فى السكنى بهذا المكان، وأنكر ذلك الورثة، أو قالت انما أذن لى زوجى فى المجيء اليه لا فى الاقامة به وأنكر ذلك الورثة فالقول قولها لأنها أعرف بذلك منهم. وكل موضع قلنا يلزمها السفر عن بلدها فهو مشروط بوجود محرمها مسافراً معها والامن على نفسها لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة الا مع ذى محرم من أهلها» أو كما قال.

«مسألة» قال ﴿ واذا طلقها زوجها أو مات عنها وهو ناء عنها فعدتها من يوم مات أو طلق اذا صح ذلك عندها وان لم تجتنب ما تجتنبه المعتدة ﴾

هذا المشهور فى المذهب، وأنه متى مات زوجها أو طلقها فعدتها من يوم موته وطلاقه.

قال أبو بكر: لا خلاف عن أبى عبد الله أعلمه أن العدة تجب من حين الموت والطلاق، الا مارواه اسحاق بن ابراهيم، وهذا قول ابن عمر وابن عباس وابن مسعود ومسروق وعطاء وجابر بن زيد وابن سيرين ومجاهد وسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وسليمان بن يسار وأبى قلابة وأبى العالية والنخعى ونافع ومالك والثورى والشافعى واسحاق وأبى عبيد وأبى ثور وأصحاب الرأى. وعن أحمد ان قامت بذلك بينة فكما ذكرنا والا فعدتها من يوم يأتيها الخبر.

وروى ذلك عن سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز. ويروى عن على

والحسن وقتادة وعطاء الخراساني وخلاس بن عمرو : أن عدتها من يوم يأتيها الخبر لان العدة اجتناب أشياء وما اجتنبتها .

ولنا أنها لو كانت حاملا فوضعت حملها غير عالمة بفرقة زوجها لا قضت عدتها فكذلك سائر أنواع العدد ، ولأنه زمان عقيب الموت أو الطلاق فوجب أن تعتد به كما لو كان حاضراً ، ولان القصد غير معتبر في العدة ، بدليل أن الصغيرة والمجنونة تنقضي عدتهما من غير قصد ولم يعدم ههنا الا القصد ، وسواء في هذا اجتنبت ما تجتنبه المعتدات أو لم تجتنبه فإن الاحداد الواجب ليس بشرط في العدة فلو تركته قصداً أو عن غير قصد لانقضت عدتها ، فإن الله تعالى قال ( يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ) وقال ( فعدتهن ثلاثة أشهر ) وقال ( وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن ) وفي اشتراط الاحداد مخالفة هذه النصوص فوجب ألا يشترط .

# كتاب الرضاع

الأصل في التحريم بالرضاع الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى ( وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ) ذكرهما الله سبحانه في جملة المحرمات

وأما السنة فما روت عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة » متفق عليه ، وفي لفظ « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » رواه النسائي . وعن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في بنت حمزة « لا تحل لي يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهي ابنة اخي من الرضاعة » متفق عليه في أخبار كثيرة ، نذكر أكثرها ان شاء الله تعالى في تضاعيف الباب . وأجمع علماء الامة على التحريم بالرضاع

اذا ثبت هذا فإن تحريم الام والاخت ثبت بنص الكتاب ، وتحريم البنت ثبت بالتنبيه ، فانه اذا حرمت الاخت فالبنت أولى وسائر المحرمات ثبت تحريمهن بالسنة وتثبت المحرمية لانها فرع على التحريم اذا كان بسبب مباح ، فأما بقية أحكام

النسب من النفقة والعتق ورد الشهادة وغير ذلك فلا يتعلق به لان النسب أقوى منه فلا يقاس عليه فى جميع أحكامه . وانما يشبه به فيما نص عليه فيه

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ( والرضاع الذى لا يشك فى تحريمه أن يكون خمس رضعات فصاعداً )

فى هذه المسألة مسألتان : احداهما : أن الذى يتعلق به التحريم خمس رضعات فصاعدا ، هذا الصحيح فى المذهب وروى هذا عن عائشة وابن مسعود وابن الزبير وعطاء وطاوس وهو قول الشافعى

وعن أحمد رواية ثانية أن قليل الرضاع وكثيره يحرم وروى ذلك عن على وابن عباس ؛ وبه قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول والزهرى وقتادة والحكم وحماد ومالك والأوزاعى والثورى والليث وأصحاب الرأى ، وزعم الليث أن المسلمين أجمعوا على أن قليل الرضاع وكثيره يحرم فى المهد ما يفطر به الصائم ، واحتجوا بقول الله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعه ) وقوله عليه السلام « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب »

وعن عقبة بن الحارث « أنه تزوج أم يحيي بنت أبى أهاب ، فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما ، فذكرت ذلك للنبي ( ص ) فقال : كيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما ؟» متفق عليه ، ولأن ذلك فعل يتعلق به تحريم مؤبد فلم يعتبر فيه العدد كتحريم أمهات النساء ولا يلزم اللعان لأنه قول .

والرواية الثانية : لا يثبت التحريم الا بثلاث رضعات . وبه قال أبو ثور وأبو عبيد وداود وابن المنذر لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تحرم المصة ولا المصتان » وعن أم الفضل بنت الحارث قالت : قال نبى الله صلى الله عليه وسلم « لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان » رواهما مسلم ، ولان ما يعتبر فيه العدد والتكرار يعتبر فيه الثلاث وروى عن حفصة «لا يحرم دون عشر رضعات» وروى ذلك عن عائشة لأن عروة روى فى حديث سهلة بنت سهيل : فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما بلغنا « أرضعيه عشر رضعات فيحرم بلبنها » وجه الأولى ما روى عن عائشة أنها قالت : أنزل فى القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن

فنسخ من ذلك خمس وصار الى خمس رضعات معلومات يحرمن فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم والامر على ذلك رواه مسلم، وروى مالك عن الزهرى عن عروة عن عائشة عن سهلة بنت سهيل أرضعى سالماً خمس رضعات فيحرم بلبنها، والآية فسرتها السنة وبينت الرضاعة المحرمة، وصريح ما رويناه يخص مفهوم ما رووه فنجمع بين الاخبار ونحملها على الصريح الذى رويناه.

## ( فصـــل )

وإذا وقع الشك فى وجود الرضاع أو فى عدد الرضاع المحرم هل كملا أو لا ؟ لم يثبت التحريم لأن الأصل عدمه فلا نزول عن اليقين بالشك كما لو شك فى وجود الطلاق وعدده.

المسألة الثانية : أن تكون الرضعات متفرقات وبهذا قال الشافعى، والمرجع فى معرفة الرضعة الى العرف لان الشرع ورد بها مطلقا ولم يحدها بزمن ولا مقدار فدل ذلك على أنه ردهم الى العرف فإذا ارتضع الصبى وقطع قطعا بينا باختياره كان ذلك رضعة فإذا عاد كانت رضعة أخرى، فأما ان قطع لضيق نفس أو للانتقال من ثدى الى ثدى أو لشىء يلهيه أو قطعت عليه المرضعة نظرنا فإن لم يعد قريبا فهى رضعة، وان عاد فى الحال ففيه وجهان :

أحدهما : أن الاولى رضعة فإذا عاد فهى رضعة أخرى وهذا اختيار أبى بكر وظاهر كلام أحمد فى رواية حنبل فإنه قال : أما ترى الصبى يرتضع من الثدى. فإذا أدركه النفس أمسك عن الثدى ليتنفس أو يستريح فاذا فعل ذلك فهى رضعة وذلك لان الاولى رضعة لو لم يعد فكانت رضعة وان عاد كما لو قطع باختياره.

والوجه الآخر : أن جميع ذلك رضعة وهو مذهب الشافعى إلا فيما إذا قطعت عليه المرضعة ففيه وجهان : لانه لو حلف لا أكلت اليوم الا أكلة واحدة فاستدام الأكل زمنا أو قطع لشرب الماء أو انتقال من لون إلى لون أو انتظار لما يحمل اليه من الطعام لم يعد إلا أكلة واحدة فكذا ههنا، والاول أصح لان اليسير من السعوط والوجور رضعة فكذا هذا.

« مسألة » قال ﴿ والسعوط كالرضاع وكذلك الوجور ﴾

معنى السعوط أن يصب اللبن فى أنفه من إناء أو غيره والوجور أن يصب فى حلقه صبا من غير الثدى ، واختلفت الرواية فى التحريم بهما فأصح الروايتين أن التحريم يثبت بذلك كما يثبت بالرضاع وهو قول الشعبى والثورى وأصحاب الرأى وبه قال مالك فى الوجور .

والثانية : لا يثبت بهما التحريم وهو اختيار أبى بكر ومذهب داود ، وقول عطاء الخراسانى فى السعوط لأن هذا ليس برضاع وإنما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع ولأنه حصل من غير ارتضاع فأشبه ما لو دخل من جرح فى بدنه .

ولنا ما روى ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا رضاع إلا ما أنشز العظم وأنبت اللحم » رواه أبو داود ، ولأن هذا يصل به اللبن إلى حيث يصل بالارتضاع ويحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم ما يحصل من الارتضاع ، فيجب أن يساويه فى التحريم ، والأنف سبيل الفطر للصائم فكان سبيلا للتحريم كالرضاع بالفم .

( فصل ) وإنما يحرم من ذلك مثل الذى يحرم بالرضاع وهو خمس فى الرواية المشهورة فإنه فرع على الرضاع فيأخذ حكمه ، فإن ارتضع وكمل الخمس بسعوط أو وجور أو استعط أو أوجر وكمل الخمس برضاع ثبت التحريم لأنا جعلناه كالرضاع فى أصل التحريم فكذلك فى إكمال العدد ولو حلبت فى إناء دفعة واحدة ثم سقته غلاما فى خمسة أوقات فهو خمس رضعات فإنه لو أكل من طعام خمس أكلات متفرقات لكان قد أكل خمس أكلات ، وان حلبت فى إناء حلبات فى خمسة أوقات ثم سقيه دفعة واحدة كان رضعة واحدة كما لو جعل الطعام فى إناء واحد فى خمسة أوقات ثم أكله دفعة واحدة كان أكلة واحدة .

وحكى عن الشافعى قول فى الصورتين عكس ماقلنا اعتباراً بخروجه منها لأن الاعتبار بالرضاع والوجور فرعه .

ولنا أن الاعتبار بشرب الصبى له لانه المحرم ولهذا ثبت التحريم به من غير رضاع ولو ارتضع بحيث يصل إلى فيه ثم مجه لم يثبت التحريم فكان الاعتبار به

وما وجد منه إلا دفعة واحدة فكان رضعة واحدة ، وإن سقته فى أوقات فقد وجد فى خمسة أوقات فكان خمس رضعات ، فأما ان سقته اللبن المجموع جرعة بعد جرعة متتابعة فظاهر قول الخرقى أنه رضعة واحدة لاعتباره خمس رضعات متفرقات ولأن المرجع فى الرضعة إلى العرف وهم لا يعدون هذا رضعات فأشبه مالو أكل الآكل الطعام لقمة بعد لقمة فإنه لا يعدأ كلات ، ويحتمل أن يخرج على ما إذا قطعت عليه المرضعة الرضاع على ما قدمنا .

( فصل ) وان عمل اللبن جبنا ثم أطعمه الصبي ثبت به التحريم ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة لا يحرم به لزوال الإسم ، وكذلك على الرواية التى تقول لا يثبت التحريم بالوجور لا يثبت ههنا بطريق الاولى . ولنا أنه واصل من الحلق يحصل به إنبات اللحم وإنشاز العظم فحصل به التحريم كما لو شربه .

( فصل ) فأما الحقنة فقال أبو الخطاب : المنصوص عن أحمد أنها لا تحرم ، وهو مذهب أبى حنيفة ومالك ، وقال ابن حامد وابن أبى موسى تحرم ، وهذا مذهب الشافعى لأنه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر فتعلق به التحريم كالرضاع

ولنا أن هذا ليس برضاع ولا يحصل به التغذى فلم ينشر الحرمة كما لو قطر فى إحليله ، ولأنه ليس برضاع ولا فى معناه فلم يجز إثبات حكمه فيه ، ويفارق فطر الصائم فإنه لا يعتبر فيه إنبات اللحم ولا إنشاز العظم وهذا لا يحرم فيه إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم ، ولأنه وصل اللبن إلى الباطن من غير الحلق أشبه ما لو وصل من جرح .

( مسألة ، قال ) ( واللبن المشوب كالمحض )

المشوب المختلط بغيره والمحض الخالص الذى لا يخالطه سواه ، وسوى الخرقى بينهما سواء شيب بطعام أو شراب أو غيره ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو بكر قياس قول أحمد أنه لا يحرم لانه وجور .

وحكى عن ابن حامد أنه قال . ان كان الغالب اللبن حرم وإلا فلا وهو قول أبى ثور والمزنى لان الحكم الأغلب ، ولأنه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به ونحو هذا قول أصحاب الرأى وزادوا فقالوا ان كانت النار قد مست اللبن حتى

انضجت الطعام أو حتى تغير فليس برضاع ، ووجه الاول أن اللبن متى كان طاهراً فقد حصل شربه ويحصل منه انبات اللحم وانشاز العظم فحرم كما لو كان غالبا وهذا فيما اذا كانت صفات اللبن باقية ، فأما ان صب فى ماء كثير لم يتغير به لم يثبت به التحريم لأن هذا ليس بلبن مشوب ولا يحصل به التغذى ولا انبات اللحم ولا انشاز العظم .

وحكى عن القاضى أن التحريم يثبت به وهو قول الشافعى لأن أجزاء اللبن حصلت فى بطنه فأشبه ما لو كان لونه ظاهراً .

ولنا أن هذا ليس برضاع ولا فى معناه فوجب أن لا يثبت حكمه فيه

( فصل وان حلب من نسوة وسقيه الصبى فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن لانه لو شيب بماء أو عسل لم يخرج عن كونه رضاعا محرما فكذلك اذا شيب بلبن آخر .

« مسألة » قال ( ويحرم لبن الميتة كما يحرم لبن الحية لأن اللبن لا يموت )

المنصوص عن أحمد فى رواية ابراهيم الحربى أنه ينشر الحرمة وهو اختيار أبى بكر وهو قول أبى ثور والأوزاعى وابن القاسم وأصحاب الرأى وابن المنذر وقال الخلال لا ينشر الحرمة وتوقف عنه أحمد فى روايه مهنا وهو مذهب الشافعى لأنه لبن ممن ليس بمحل للولادة فلم يتعلق به التحريم كلبن الرجل .

ولنا أنه وجد الارتضاع على وجه ينبت اللحم وينشز العظم من امرأة فأثبت التحريم كما لو كانت حية ، ولأنه لا فارق بين شربه فى حياتها وموتها الا الحياة والموت أو النجاسة وهذا لا أثر له ، فان اللبن لا يموت والنجاسه لا تمنع كما لو حلب فى وعاء نجس ، ولانه لو حلب منها فى حياتها فشربه بعد موتها انتشر الحرمة وبقاؤه فى ثديها لا يمنع ثبوت الحرمة لأن ثديها لا يزيد على الإناء فى عدم الحياة وهى لا تزيد على عظم الميتة فى ثبوت النجاسة .

( فصل ) ولو حلبت المرأة لبنها فى اناء ثم ماتت فشربه صبى نشر الحرمه فى قول كل من جعل الوجور محرما ، وبه قال أبو ثور والشافعى وأصحاب الرأى وغيرهم وذلك لانه لبن امرأة فى حياتها فأشبه ما لو شربه وهى فى الحياة .

« مسألة » قال ( وإذا حبلت ممن يلحق نسب ولدها به فثاب لها لبن فأرضعت به طفلا خمس رضعات متفرقات فى حولين حرمت عليه وبناتها من أبى هذا الحمل ومن غيره وبنات أبى هذا الحمل منها ومن غيرها ، وان أرضعت صبية فقد صارت إبنة لها ولزوجها لان اللبن من الحمل الذى هو منه )

وجملة ذلك أن المرأة إذا حملت من رجل وثاب لها لبن فأرضعت به طفلا رضاعا محرما صار الطفل المرتضع ابنا للمرضعه بغير خلاف ، وصار أيضا إبنا لمن ينسب الحمل اليه فصار فى التحريم وإباحة الخلوة ابنا لهما وأولاده من البنين والبنات أولاد أولادهما وان نزلت درجتهم ، وجميع أولاد المرضعة من زوجها ومن غيره وجميع أولاد الرجل الذى انتسب الحمل اليه من المرضعه ومن غيرها إخوة المرتضع وأخواته ، وأولاد أولادهما أولاد إخوته وأخواته وان نزلت درجتهم . وأم المرضعة جدته وأبوها جده وأخوتها أخواله وأخواتها خالاته وأبو الرجل جده ، وأمه جدته واخوته أعمامه وإخواته عماته وجميع أقاربهما ينتسبون الى المرتضع كما ينتسبون إلى ولدهما من النسب لان اللبن الذى ثاب للمرأة مخلوق من ماء الرجل والمرأة فنشر التحريم اليهما ونشر الحرمة الى الرجل والى أقاربه ، وهو الذى يسمى لبن الفحل ، وفى التحريم به اختلاف ذكرناه فى باب ما يحرم نكاحه .

والجمع بينه والحجة القاطعة فيه ما روت عائشة « أن أفلح أخا أبى القعيس استأذن علي بعد ماأنزل الحجاب فقلت والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فأن اخا أبى القعيس ليس هو أرضعنى ولكن أرضعتنى امرأة أبى القعيس فدخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان الرجل ليس هو أرضعنى ولكن أرضعتنى امرأته قال : أئذنى له فإنه عمك تربت يمينك » قال عروة فبذلك كانت عائشه تأخذ بقول « حرموا من الرضاع ما يحرم من النسب » متفق عليه .

وسئل ابن عباس عن « رجل تزوج امرأتين فأرضعت احداهما جارية والاخرى غلاما هل يتزوج الغلام بالجارية ؟ فقال لا ، اللقاح واحد » .

قال مالك : اختلف قديماً فى الرضاعة من قبل الأب ونزل برجال من أهل المدينه فى أزواجهم ، منهم محمد بن المنكدر وابن أبى حبيبة ، فاستفتوا فى ذلك فاختلف عليهم ففارقوا زوجاتهم . فأما المرتضع فإن الحرمة تنتشر إليه وإلى أولاده وإن نزلوا ولا تنتشر إلى من فى درجته من إخوته وأخواته ، ولا إلى أعلى منه كأبيه وأمه وأعمامه وعماته وأخواله وخالاته وأجداده وجداته ، فلا يحرم على المرضعة نكاح أبى الطفل المرتضع ولا أخيه ولا عمه ولا خاله ، ولا يحرم على زوجها نكاح أم الطفل المرتضع ولا أخته ولا عمته ولا خالته . ولا بأس أن يتزوج أولاد المرضعة وأولاد زوجها إخوة الطفل المرتضع وأخواته

قال أحمد : لا بأس أن يتزوج الرجل أخت أخته من الرضاع ليس بينهما رضاع ولا نسب ، وإنما الرضاع بين الجارية وأخته .

إذا ثبت هذا فإن من شرط تحريم الرضاع أن يكون فى الحولين . وهذا قول أكثر أهل العلم ، روى نحو ذلك عن عمر وعلى وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبى هريرة وأزواج النبى (ص) سوى عائشة ، وإليه ذهب الشعبى وابن شبرمة والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور . ورواية عن مالك وروى عنه : إن زاد شهراً جاز ، وروى شهران .

وقال أبو حنيفة يحرم الرضاع فى ثلاثين شهراً لقوله سبحانه ( وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ) ولم يرد بالحمل حمل الاحشاء لانه يكون سنتين ، فعلم أنه أراد الحمل فى الفصال . وقال زفر : مدة الرضاع ثلاث سنين وكانت عائشة ترى رضاعة الكبيرة تحرم . ويروى هذا عن عطاء والليث وداود لما روى أن سهلة بنت سهيل قالت « يا رسول الله إنا كنا نرى سالما ولداً فكان يأوى معى ومع أبى حذيفة فى بيت واحد ويرانى فضلا ، وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت فكيف ترى فيه ؟ فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم : أرضعيه فأرضعته خمس رضعات ، فكان بمنزلة ولدها فبذلك كانت عائشة تأخذ ، تأمر بنات أخواتها وبنات إخوتها يرضعن من أحبت عائشة أن يراها ويدخل عليها ، وإن كان كبيراً خمس رضعات ، وأبت ذلك أم سلمة وسائر أزواج النبى صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس حتى يرضع فى المهد ، وقلن لعائشة : والله ما ندرى لعلها رخصة من النبى

صلى الله عليه وسلم لسالم دون الناس ؟ » رواه النسائي وأبو داود وغيرهما .

ولنا قول الله تعالى ( والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ) فجعل تمام الرضاعة حولين ، فيدل على أنه لا حكم لها بعدهما ، وعن عائشة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل فتغير وجه النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله إنه أخي من الرضاعة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انظرن من إخوانكن ، فإنما الرضاعة من المجاعة » متفق عليه ، وعن أم سلمة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الفطام » أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وعند هذا يتعين حمل خبر أبي حذيفة على أنه خاص له دون الناس كما قال سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم

وقول أبي حنيفة تحكم يخالف ظاهر الكتاب وقول الصحابه . فقد روينا عن علي وابن عباس : أن المراد بالحمل حمل البطن ، وبه استدل على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وقد دل على هذا قول الله تعالى ( وفصاله في عامين ) فلو حمل على ما قاله أبو حنيفة لكان مخالفاً لهذه الآية

إذا ثبت هذا فالاعتبار بالعامين لا بالفطام ، فلو فطم قبل الحولين ثم ارتضع فيهما لحصل التحريم ، ولو لم يفطم حتى تجاوز الحولين ثم ارتضع بعدهما قبل الفطام لم يثبت التحريم ، وقال ابن القاسم صاحب مالك لو ارتضع بعد الفطام في الحولين لم تحرم عليه لقوله عليه السلام « وكان قبل الفطام »

ولنا قول الله تعالى ( والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ) وروى عنه عليه السلام « لارضاع إلا ما كان في الحولين » والفطام معتبر بمدته لا بنفسه قال أبو الخطاب : لو ارتضع بعد الحولين بساعة لم يحرم

وقال القاضي : لو شرع في الخامسة فحال الحول قبل كمالها لم يثبت التحريم . ولا يصح هذا لأن ما وجد من الرضعة في الحولين كاف في التحريم ، بدليل ما لو انفصل مما بعــــده فلا ينبغي أن يسقط حكم بإيصال ما لا أثر له به ، واشترط الخرقي نشر الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذي ثاب اللبن بوطئه : أن يكون لبن حمل ينتسب إلى الواطيء إما لكون الوطء في نكاح أو ملك يمين أو شبهة

فأما لبن الزانى أو النافى للولد باللعان فلا ينشر الحرمة بينهما فى مفهوم كلام الخرقى ، وهو قول أبى عبد الله بن حامد ومذهب الشافعى

وقال أبو بكر عبد العزيز : تنتشر الحرمة بينهما لأنه معنى ينشر الحرمة ، فاستوى فى ذلك مباحه ومحظوره كالوطء ، يحققه أن الواطىء حصل منه لبن وولد ثم ان الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطىء كذلك اللبن ، ولأنه رضاع ينشر الحرمة الى المرضعة فنشرها الى الواطىء كصورة الاجماع

ووجه القول الأول أن التحريم بينهما فرع لحرمة الأبوة فلما لم تثبت حرمة الأبوة لم يثبت ماهو فرع لها ، ويفارق تحريم ابنته من الزنا لأنها من نطفته حقيقة بخلاف مسألتنا ، ويفارق تحريم المصاهرة فإن التحريم ثم لا يقف على ثبوت النسب ، ولهذا تحرم أم زوجته وابنتها من غير نسب ، وتحريم الرضاع مبنى على النسب ، ولهذا قال عليه السلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »

فأما المرضعة فإن الطفل المرتضع محرم عليها ومنسوب اليها عند الجميع . وكذلك يحرم جميع أولادها وأقاربها الذين يحرمون على أولادها على هذا المرتضع كما فى الرضاع باللبن المباح ، وان كان المرتضع جارية حرمت على الملاعن بغير خلاف أيضا لأنها ربيبته فإنها بنت امرأته من الرضاع ، وتحرم على الزانى عند من يرى تحريم المصاهرة ، وكذلك يحرم بناتها وبنات المرتضع من الغلمان لذلك

( فصل )

واذا وطىء رجلان امرأة فأتت بولد فأرضعت بلبنه طفلا صار ابنا لمن ثبت نسب المولود منه ، سواء ثبت نسبه منه بالقافة أو بغيرها ، وان ألحقته القافة بهما صار المرتضع ابناً لهما ، فالمرتضع فى كل موضع تبع للمناسب ، فمتى لحق المناسب بشخص فالمرتضع مثله ، وإن انتفى المناسب عن أحدهما فالمرتضع مثله لانه بلبنه ارتضع وحرمته فرع على حرمته ، وان لم يثبت نسبه منهما لتعذر القافة أو لاشتباهه عليهم ونحو ذلك حرم عليهما تغليباً للحظر لانه يحتمل أن يكون منهما ويحتمل أن يكون أحدهما فيحرم عليه أقاربه دون أقارب الآخر وقد اختلطت أخته بغيرها فحرم الجميع كما لو علم أخته بعينها ثم اختلطت بأجنبيات ، وان انتفى عنهما جميعاً بأن تأتى به لدون ستة أشهر من وطئهما أو لأكثر من أربع سنين أو

لدون ستة أشهر من وطء أحدهما أو لأكثر من أربع سنين من وطء الآخر انتفى المرتضع عنهما أيضا . فإن كان المرتضع جارية حرمت عليهما تحريم المصاهرة ويحرم أولادها عليهما أيضاً لأنها ابنة موطوءتهما فهي ربيبة لهما .

( فصل ) ولا تنتشر الحرمة بغير لبن الآدمية بحال فلو ارتضع اثنان من لبن بهيمة لم يصيرا أخوين فى قول عامة أهل العلم منهم الشافعى وابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأى ولو ارتضعا من رجل لم يصيرا أخوين ولم تنتشر الحرمة بينه وبينهما فى قول عامتهم .

وقال الكرابيسى يتعلق به التحريم لأنه لبن آدمى أشبه لبن الآدمية ، وحكى عن بعض السلف أنهما إذا ارتضعا من لبن بهيمة صارا أخوين وليس بصحيح لأن هذا لا يتعلق به تحريم الأمومه فلا يثبت به تحريم الأخوة لأن الأخوة فرع على الأمومة ، وكذلك لا يتعلق به تحريم الأبوة لذلك ولأن هذا اللبن لم يخلق لغذاء المولود فلم يتعلق به التحريم كسائر الطعام فإن ثاب لخنثى مشكل لبن لم يثبت به التحريم لأنه لم يثبت كونه إمرأة فلا يثبت التحريم مع الشك ، وقال ابن حامد يقف الامر حتى ينكشف أمر الخنثى فعلى قوله يثبت التحريم إلا أن يتبين كونه رجلا لانه لا يأمن كونه محرما .

( فصل ) وان ثاب لإمرأة لبن من غير وطء فأرضعت به طفلا نشر الحرمة فى أظهر الروايتين وهو قول ابن حامد ومذهب مالك والثورى والشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى وكل من يحفظ عنه ابن المنذر لقول الله تعالى ( وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ) ولانه لبن إمرأة فتعلق به التحريم كما لو ثاب بوطء ، ولان ألبان النساء خلقت لغذاء الاطفال فإن كان هذا نادراً فجنسه معتاد .

والرواية الثانية : لا تنشر الحرمة لانه نادر لم تجر العادة به لتغذية الأطفال فأشبه لبن الرجال والاول أصح .

( فصل ) اذا كان لرجل خمس أمهات أولاد له منهن لبن فارتضع طفل من كل واحدة منهن رضعة لم يصرن أمهات له وصار المولى أباً له ، وهذا قول ابن حامد لانه ارتضع من لبنه خمس رضعات، وفيه وجه آخر لا تثبت الابوة ، لانه رضاع لم يثبت الامومة فلم يثبت الابوة كالارتضاع بلبن الرجل والاول أصح فإن الابوة

انما تثبت لكونه رضع من لبنه لا لكون المرضعة أماً له ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين ، واذا قلنا بثبوت الأبوة حرمت عليه المرضعات ، لأنه ربيبهن وهن موطوءات أبيه ، وان كان لرجل خمس بنات فأرضعن طفلا كل واحدة رضعة لم يصرن أمهات له ، وهل يصير الرجل جداً له وأولاده أخوالا له وخالات ؟ على وجهين .

أحدهما : يصير جداً وأخوهن خالا لانه قد كمل للمرتضع خمس رضعات من لبن بناته أو أخواته فأشبه ما لو كان من واحدة والآخر لا يثبت ذلك لان كونه جداً فرع كون ابنته أما وكونه خالا فرع كون أخته أماً ولم يثبت ذلك فلا يثبت الفرع ، وهذا الوجه يترجح فى هذه المسألة لان الفرعية متحققة بخلاف التى قبلها فإن قلنا : يصير أخوهن خالا لم تثبت الخئولة فى حق واحدة منهن لانه لم يرتضع من لبن أخواتها خمس رضعات ، ولكن يحتمل التحريم لانه قد اجتمع من اللبن المحرم خمس رضعات . ولو كمل للطفل خمس رضعات من أمه وأخته وابنته وزوجته وزوجة أبية من كل واحدة رضعة خرج على الوجهين .

( فصل ) اذا كان لامرأة لبن من زوج فأرضعت طفلا ثلاث رضعات وانقطع لبنها فتزوجت آخر فصار له منه لبن فأرضعت منه الصبى رضعتين صارت أماً له بغير خلاف علمناه عند القائلين بأن الخمس محرمات ، ولم يصر واحد من الزوجين أبا له لأنه لم يكمل عدد الرضاع من لبنه ويحرم على الرجلين لكونه ربيبهما لا لكونه ولدهما .

« مسألة » قال ( ولو طلق زوجته ثلاثا وهي ترضع من لبن ولده فتزوجت بصبي مرضع فأرضعته فحرمت عليه ثم تزوجت بآخر ودخل بها ووطئها ثم طلقها أو مات عنها لم يجز أن يتزوجها الاول لانها صارت من حلائل الابناء لما أرضعت الصبي الذى تزوجت به )

هذه المسألة من فروع المسأله التى قبلها وهو أن المرتضع يصير ابنا للرجل الذى ثاب اللبن بوطئه ، فهذه المرأة لما تزوجت صبيا ثم أرضعته بلبن مطلقها صار ابنا لمطلقها فحرمت عليه لانها أمه وبانت منه وكانت زوجة له فصارت زوجة لابن مطلقها

لحرمت على الأول على التأبيد لكونها صارت من حلائل أبنائه ، ولو تزوجت إمرأة صبيا فوجدت به عيبا ففسخت نكاحه ثم تزوجت كبيراً فصار لها منه لبن فأرضعت به الصبي خمس رضعات حرمت على زوجها لأنها صارت من حلائل أبنائه ولو زوج الرجل أم ولده أو أمته بصبي مملوك فأرضعته بلبن سيدها خمس رضعات انفسخ نكاحه وحرمت على سيدها على التأبيد لأنها صارت من حلائل أبنائه ، فان كان الصبي حراً لم يتصور هذا الفرع لم يصح نكاحه لأن من شرط جواز نكاح الحر الأمة خوف العنت ولا يوجد ذلك فى الطفل فإن زوج بها كان النكاح فاسداً وان أرضعته لم تحرم على سيدها لأنه ليس بزوج فى الحقيقة .

( فصـــل ) وإذا طلق الرجل زوجته ولها منه لبن فتزوجت آخر لم يخل من خمسة أحوال . أحدها . أن يبقى لبن الأول بحاله لم يزد ولم ينقص ولم تلد من الثانى فهو للأول سواء حملت من الثانى أو لم تحمل لانعلم فيه خلافا لأن اللبن كان للأول ولم يتجدد ما يجعله من الثانى فبقي للأول . الثانى : أن لاتحمل من الثانى فهو للأول ســواء زاد أو لم يزد أو انقطع ثم عاد أو لم ينقطع . الثالث : أن تلد من الثانى فاللبن له خاصة .

قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه وهو قول أبي حنيفة والشافعي ســواء زاد أو لم يزد انقطع أو اتصل لأن لبن الأول ينقطع بالولادة من الثانى فان حاجة المولود الى اللبن تمنع كونه لغيره . الحال الرابع : أن يكون لبن الأول باقيا وزاد بالحمل من الثانى فاللبن منهما جميعا فى قول أصحابنا ، وقال أبو حنيفة : هو للأول مالم تلد من الثانى .

وقال الشافعي : ان لم ينته الحمل إلى حال ينزل منه اللبن فهو للأول فإن بلغ إلى حال ينزل به اللبن فزاد به ففيه قولان أحدهما هو للأول والثانى هو لهما .

ولنا أن زيادته عند حدوث الحمل ظاهر فى أنها منه وبقاء لبن الأول يقتضى كون أصله منه فيجب أن يضاف اليهما كما لو كان الولد منهما ، الحال الخامس : انقطع من الأول ثم ثاب بالحمل من الثانى ، فقال أبو بكر : هو منهما وهو أحد أقوال الشافعي إذا انتهى الحمل الى حال ينزل به اللبن وذلك لأن اللبن كان للأول فلما عاد بحدوث الحمل فالظاهر أن لبن الأول ثاب بسبب الحمل الثانى فكان مضافا

اليهما كما لو لم ينقطع . واختار أبو الخطاب أنه من الثاني وهو القول الثاني للشافعي لان لبن الاول انقطع فزال حكمه بانقطاعه وحدث بالحمل من الثاني فكان له كما لو لم يكن لها لبن من الأول . وقال أبو حنيفة : هو للأول مالم تلد من الثاني وهو القول الثالث للشافعي لأن الحمل لا يقتضي اللبن وإنما يخلقه الله تعالى للولد عند وجوده لحاجته اليه والكلام عليه قد سبق .

« مسألة » قال ( ولو تزوج كبيرة وصغيرة ولم يدخل بالكبيرة حتى أرضعت الصغيرة في الحولين حرمت عليه الكبيرة وثبت نكاح الصغيرة ، وان كان دخل بالكبيرة حرمتا عليه جميعا ويرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة )

نص أحمد على هذا كله ، في هذه المسألة فصول اربعة .

الاول : أنه متى تزوج كبيرة وصغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل دخوله بها فسد نكاح الكبيرة في الحال وحرمت على التأبيد وبهذا قال الثوري والشافعي وأبو ثور واصحاب الرأي .

وقال الأوزاعي : نكاح الكبيرة ثابت وتنزع منه الصغيرة ، وليس بصحيح فإن الكبيرة صارت من امهات النساء فتحرم ابداً لقول الله سبحانه ( وامهات نسائكم ) ولم يشترط دخوله بها ، فأما الصغيرة ففيها روايتان .

إحداهما : نكاحها ثابت لانها ربيبة ولم تدخل بأمها فلا تحرم لقول الله سبحانه ( فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ) .

والرواية الثانية : ينفسخ نكاحها وهو قول الشافعي وابي حنيفة لانهما صارتا اما وبنتا واجتمعتا في نكاحه ، والجمع بينهما محرم فانفسخ نكاحهما كما لو صارتا اختين وكما لو عقد عليهما بعد الرضاع عقداً واحداً .

ولنا انه امكن ازالة الجمع بانفساخ نكاح الكبيرة وهي اولى به لان نكاحها محرم على التأبيد فلم يبطل نكاحهما به كما لو ابتدأ العقد على اخته واجنبية ، ولأن الجمع طرأ على نكاح الأم والبنت فاختص الفسخ بنكاح الأم كما لو اسلم وتحته امرأة وبنتها ، وفارق الأختين لأنه ليست احداهما اولى بالفسخ من الأخرى ، وفارق ما لو ابتدأ العقد عليهما لان الدوام اقوى من الابتداء .

( الفصل الثاني )

إنه إن كان دخل بالكبيرة حرمتا جميعاً على الأبد وانفسخ نكاحهما ، لأن الكبيرة صارت من أمهات النساء والصغيرة ربيبة قد دخل بأمها فتحرم تحريما مؤبداً ، وإن كان الرضاع بلبنه صارت الصغيرة بنتا محرمة عليه لوجهين : لكونها بنته وربيبته التي دخل بأمها .

الفصل الثالث : أن عليه نصف مهر الصغيرة لأن نكاحها انفسخ قبل دخوله بها من غير جهتها ، والفسخ إذا جاء من أجنبي كان كطلاق الزوج في وجوب الصداق عليه ، ولا مهر للكبيرة ان لم يكن دخل بها ، لأن فسخ نكاحها بسبب من جهتها فسقط صداقها كما لو ارتدت ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا ، وإن كان دخل بالكبيرة لم يسقط مهرها ، لأنه استقر بدخوله بها استقراراً لا يسقطه شيء : ولذلك لا يسقط بردتها ولا بغيرها .

الفصل الرابع : انه يرجع على الكبيرة بما لزمه من صداق الصغيرة ، وبهذا قال الشافعي . وحكي عن بعض أصحابه أنه يرجع بجميع صداقها لانها أتلفت البضع فوجب ضمانه ، وقال أصحاب الرأي : ان كانت المرضعة أرادت الفساد رجع عليها بنصف الصداق ، والا فلا يرجع بشيء .

وقال مالك : لا يرجع بشيء .

ولنا على أنه يرجع عليها بالنصف أنها قررته عليه وألزمته اياه وأتلفت عليه مافي مقابلته فوجب عليها الضمان كما لو أتلفت عليه المبيع .

ولنا على أبي حنيفة : أن ما ضمن في العمد ضمن في الخطأ كالمال ، ولأنها أفسدت نكاحه وقررت عليه نصف الصداق فلزمها ضمانه كما لو قصدت الافساد .

ولنا على أن الزوج انما يرجع بالنصف أن الزوج لم يغرم الا النصف فلم يجب له أكثر مما غرم ، ولانه بالفسخ يرجع اليه بدل النصف الآخر ، فلم يجب له بدل ما أخذ بدله مرة أخرى ، ولأن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، وانما ضمنت المرضعة ههنا لما ألزمت الزوج ما كان معرضا للسقوط بسبب يوجد من الزوجة فلم يرجع ههنا بأكثر مما ألزمته

( فصل ) والواجب نصف المسمى لا نصف مهر المثل لأنه انما يرجع بما غرم والذى غرم نصف ما فرض لها فرجع به ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى يرجع بنصف مهر المثل لأنه ضمان متلف . فكان الاعتبار بقيمته دون ما ملكه به كسائر الأعيان .

ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، بدليل ما لو قتلت نفسها أو ارتدت أو أرضعت من ينفسخ نكاحها بإرضاعه فإنها لا تغرم له شيئا . وانما الرجوع ههنا بما غرم فلا يرجع بغيره، ولأنه لو رجع بقيمة المتلف لرجع بمهر المثل كله ولم يختص بنصفه لأن التلف لم يختص بالنصف ، ولأن شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا الزمهم نصف المسمى كذا ههنا .

( فصل ) وكل امرأة تحرم بنتها اذا أرضعت زوجته الصغيرة أفسدت نكاحه وحرمتها عليه ولزمها نصف الصداق، فإن أرضعتها أمه صارت أخته، وان أرضعتها جدته صارت عمته أو خالته ، وان أرضعتها أخته صارت بنت أخته ، وكل امرأة تحرم بنت زوجها اذا أرضعتها بلبن زوجها حرمتها عليه وعليها نصف مهرها كامرأة ابنه وامرأة أبيه وامرأة أخيه وامرأة جده لانها ان ارضعتها امرأة ابيه بلبنه صارت اخته وان ارضعتها امرأة ابنه صارت بنت ابيه ، وان ارضعتها امرأة اخيه صارت بنت اخيه ، وان ارضعتها امرأة جده بلبنه صارت عمته او خالته ، وان ارضعتها امرأة أحدهؤلاء بلبن غيره لم تحرم عليه لانها صارت ربيبة زوجها ، وان ارضعتها من لا تحرم بنتها كعمته وخالته لم تحرمها عليه ، ولو تزوج ابنة عمه فأرضعت جدتها احدهما صغيراً انفسخ النكاح لانها ان أرضعت الزوج صار عم زوجته ، وان ارضعت الزوجة صارت عمة ، وان ارضعتهما جميعاً صار كل واحد منهما عم الآخر ، وان تزوج بنت عمته فأرضعت جدتهما احدهما صغيراً انفسخ النكاح . لأنها ان ارضعت الزوج صار خالا لها ، وان أرضعت الزوجة صات عمته ، وان تزوج ابنة خاله فأرضعت جدتها الزوج صار عم زوجته ، وان ارضعتها صارت خالته ، وان تزوج ابنة خالته فأرضعت الزوج صار خال زوجته ، وان ارضعتها صارت خالة زوجها .

( فصل ) وان تزوج كبيرة ثم طلقها فأرضعت صغيرة بلبنه صارت بنتا له ،

وان ارضعتها بلبن غيره صارت ربيبة، فإن كان قد دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة على التأبيد ، وان كان لم يدخل بها لم تحرم لانها ربيبة لم يدخل بأمها ، وان تزوج صغيرة ثم طلقها فأرضعتها امرأة حرمت المرضعة على التأبيد لانها من أمهات نسائه وان تزوج كبيرة وصغيرة ثم طلق الصغيرة فأرضعتها الكبيرة حرمت الكبيرة وانفسخ نكاحها ، وان كان لم يدخل بها فلا مهر لها وله نكاح الصغيرة ، وان كان دخل بها فلها مهرها وتحرم هي والصغيرة على التأبيد ، وإن طلق الكبيرة وحدها قبل الرضاع فأرضعت الصغيرة ولم يكن دخل بالكبيرة ثبت نكاح الصغيرة ، وإن كان دخل بها حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها ويرجع على الكبيرة بنصف صداقها ، وإن طلقهما جميعا فالحكم فى التحريم على ما مضى . ولو تزوج رجل كبيرة وآخر صغيرة ثم طلقاهما ونكح كل واحد منهما زوجة الآخر ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة حرمت عليهما الكبيرة وانفسخ نكاحها : وإن كان زوج الصغيرة دخل بالكبيرة حرمت عليه وانفسخ نكاحها والا فلا .

﴿ فصــــل ﴾

وان أرضعت بنت الكبيرة الصغيرة فالحكم فى التحريم والفسخ حكم ما لو أرضعتها الكبيرة لأنها صارت جدتها ، والرجوع بالصداق على المرضعة التى أفســـدت النكاح ، وان أرضعتها أم الكبيرة انفسخ نكاحهما معا لأنهما صارتا أختين ، فإن كان لم يدخل بالكبيرة فله أن ينكح من شاء منهما ويرجع على المرضعة بنصف صداقها ، وان كان قد دخل بالكبيره فله نكاحها ، لأن الصغيرة لاعدة عليها ، وليس له نكاح الصغيرة حتى تنقضى عدة الكبيرة ، لأنها قد صارت أختها فلا ينكحها فى عدتها ، وكذلك الحكم ان أرضعتها جدة الكبيرة لأنها تصير عمة الكبيرة أو خالتها والجمع بينهما محرم . وكذلك الحكم ان أرضعتها أختها أو زوجة أخيها بلبنه لأنها صارت بنت أخت الكبيرة او بنت اخيه ، وكذلك ان أرضعتها بنت اخيها او بنت اختها ، ولا يحرم فى شىء من هذا واحدة منهن على التأبيد لأنه تحريم جمع الا اذا أرضعتها بنت الكبيرة وقد دخل بأمها .

( فصل ) ومن افسد نكاح امرأة بالرضاع قبل الدخول غرم نصف صداقها وان كان بعد الدخول فنص احمد على انه يرجع عليه بالمهر كله ؛ وهو مذهب

الشافعي لأن المرأة تستحق المهر كله على زوجها فترجع بما لزمه كنصف المهر في غير المدخول بها .

والصحيح ان شاء الله تعالى انه لا يرجع على المرضعة بعد الدخول بشيء لأنها لم تقرر على الزوج شيئا ولم تلزمه اياه فلم يرجع عليها بشيء ، كما لو أفسدت نكاح نفسها ، ولأنه لو ملك الرجوع بالصداق بعد الدخول لسقط اذا كانت المرأة هي المفسدة للنكاح كالنصف قبل الدخول ، ولان خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ما ذكرناه فيما مضى ، ولذلك لا يجب مهر المثل ، وانما رجع الزوج بنصف المسمى قبل الدخول لأنها قررته عليه ، ولذلك يسقط اذا كانت هي المفسدة لنكاحها ولم يوجد ذلك ههنا : وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، ولأنه لو رجع بالمهر بعد الدخول لم يخل اما ان يكون رجوعه ببدل البضع الذي فوتته أو بالمهر الذي أداه ، لا يجوز ان يكون ببدل البضع لانه لو وجب بدله لوجب له على الزوجة اذا فات بفعلها أو بقتلها ، ولكان الواجب لها مهر مثلها ، ولا يجوز ان يجب له بدل ما أداه اليها لذلك ، ولانها ما أوجبته ولا لها أثر في ايجابه ولا أدائه ولا تقريره

ولا نعلم بينهم خلافا في انها اذا افسدت نكاح نفسها بعد الدخول انه لا يسقط مهرها ولا يرجع عليها بشيء ان كان أداه اليها : ولا في انها اذا أفسدته قبل الدخول انه يسقط صداقها وانه يرجع عليها بما أعطاها .

فلو دبت صغيرة الى كبيرة فارتضعت منها خمس رضعات وهي نائمة وهما زوجتا رجل انفسخ نكاح الكبيرة وحرمت على التأبيد ، فإن كان دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها ، ولا مهر للصغيرة لأنها فسخت نكاح نفسها وعليه مهر الكبيرة يرجع به على الصغيرة عند أصحابنا ، ولا يرجع به على مااخترناه وان لم يكن دخل بالكبيرة فعليه نصف صداقها يرجع به على مال الصغيرة لانها فسخت نكاحها . وان ارتضعت الصغيرة منها رضعتين وهي نائمة ، ثم انتبهت الكبيرة فأتمت لها ثلاث رضعات فقد حصل الفساد بفعلهما ، فيتقسط الواجب عليهما - وعليه مهر الكبيرة وثلاثة أعشار مهر الصغيرة يرجع به على الكبيرة ،

وان لم يكن دخل بالكبيرة فعليه خمس مهرها يرجع به على الصغيرة، وهل ينفسخ نكاح الصغيرة ؟ على روايتين :

( فصل ) وان أفسد النكاح جماعة تقسط المهر عليهم ، فلو جاء خمس فسقين زوجة صغيرة من لبن أم الزوج خمس مرات انفسخ نكاحها ولزمهن نصف مهرها بينهن ، فإن سقتها واحدة شربتين وأخرى ثلاثا فعلى الاولى الخمس وعلى الثانية خمس وعشر . وان سقتها واحدة شربتين وسقاها ثلاث ثلاث شربات فعلى الاولى الخمس وعلى كل واحدة من الثلاث عشر ، وان كان له ثلاث نسوة كبار وواحدة صغيرة فأرضعت كل واحدة من الثلاث الصغيرة أربع رضعات ثم حلبن فى اناء وسقينه الصغيرة حرم الكبار وانفسخ نكاحهن، فإن لم يكن دخل بهن فنكاح الصغيرة ثابت على احدى الروايتين وعليه لكل واحدة منهن ثلث صداقها ترجع به على ضرتيها لان فساد نكاحها حصل بفعلها وفعلهما فسقط ماقابل فعلها ، وهو سدس الصداق وبقى عليه الثلث فرجع به على ضرتيها ، فإن كان صداقهن متساويا سقط ولم يجب شيء لانه يتقاص ما لها على الزوج بما يرجع به عليها اذ لا فائدة فى ان يجب لها عليه ما يرجع به عليها ، وان كان مختلفا وهو من جنس واحد تقاصا منه بقدر اقلها ووجبت الفضلة به لصاحبها ، وان كان من أجناس ثبت التراجع على ما ذكرنا .

وان كان قد دخل بإحدى الكبار حرمت الصغيرة أيضا وانفسخ نكاحها ووجب لها نصف صداقها ترجع به عليهن أثلاثا وللتى دخل بها المهر كاملا وفى الرجوع به على ماأسلفناه من الخلاف . وان حلبن فى اناء فسقته احداهن الصغيرة خمس مرات كان صداق ضراتها يرجع به عليها ان كان قبل الدخول بهن لانها أفسدت نكاحهن ، ويسقط مهرها ان لم يكن دخل بها ، وان كان دخل بها فلها مهرها ولا ترجع به على احد ، وان كانت كل واحدة من الكبار أرضعت الصغيرة خمس رضعات حرم الثلاث ، فإن كان لم يدخل بهن فلا مهر لهن عليه وان كان دخل بهن فعليه لكل واحدة مهرها لا يرجع به على احد وتحرم الصغيرة ويرجع بما لزمه من صداقها على المرضعة الاولى لانها التى حرمتها عليه وفسخت نكاحها، ولو أرضع الثلاث الصغيرة بلبن الزوج فأرضعتها كل واحدة رضعتين

صارت بنتا لزوجها فى الصحيح ، وينفسخ نكاحها ويرجع بنصف صداقها عليهن ، على المرضعتين الأوليين منه أربعة أخماسه وعلى الثالثة خمسه لأن رضعتها الأولى حصل بها التحريم لكمال الخمس بها ، والثانية لا أثر لها فى التحريم فلم يجب عليها بها شيء ولا ينفسخ نكاح الأكابر لأنهن لم يصرن أمهات لها ، ولو كان لامرأته الكبيرة خمس بنات لهن لبن فأرضعن امرأته الصغيرة رضاعا تصير به إحداهن أماً لها لحرمت أمها وانفسخ نكاحها وهل ينفسخ نكاح الصغيرة ؟ على روايتين .

وإن أرضعت كل واحدة منهن الصغيرة رضعة فالصحيح أن الكبيرة لا تحرم بهذا لأن كونها جدة يبنى على كون ابنتها أماً وما صارت واحدة من بناتها أما . ويحتمل ان تحرم لانه قد كمل لها من بناتها خمس رضعات ، وكذلك الحكم لو أرضعتها بنتها رضعة وبنت ابنها رضعة وبنات بناتها ثلاث رضعات ، ولو كمل لها من زوجته بلبنه ومن أمه وأخته وابنته وابنة ابنه خمس رضعات فعلى الوجهين أصحهما لا يثبت تحريمها وفى الآخر يثبت ، فعلى هذا الوجه ينفسخ نكاحها ويرجع عليهن بما غرم من صداقها على قدر رضاعهن .

فإن قيل فلم لا يرجع عليهن على عدد رءوسهن لكون الرضاع مفسداً فيستوى قليله وكثيره ، كما لو طرح النجاسة جماعة فى مائع فى حالة واحدة ؟

قلنا لان التحريم يتعلق بعدد الرضعات فكان الضمان متعلقا بالعدد بخلاف النجاسة فإن التنجيس لا يتعلق بقدر فيستوى قليله وكثيره ليكون القليل والكثير سواء فى الافساد ، فنظير ذلك أن يشرب فى الرضعة من إحداهما أكثر مما يشرب من الاخرى .

( فصل ) إذا كانت له زوجة أمة فأرضعت امرأته الصغيرة لحرمتها عليه وفسخت نكاحها كان ما لزمه من صداق الصغيرة له فى رقبة الامة لأن ذلك من جنايتها ، وان أرضعتها أم ولده أفسدت نكاحها وحرمتها عليه لانها ربيبة دخل بامها وتحرم أم الولد عليه أبداً لانها من أمهات نسائه ولا غرامة عليها لأنها أفسدت على سيدها ، فان كان قد كاتبها رجع عليها لان المكاتبة يلزمها أرش جنايتها ، وان أرضعت أم ولده امرأة ابنه بلبنه فسخت نكاحها وحرمتها عليه لانها صارت أخته ، وان أرضعت زوجة أبيه بلبنه حرمتها عليه لانها صارت بنت

ابنه ويرجع الاب على ابنه بأقل الأمرين مما غرمه لزوجته أو قيمتها ، لأن ذلك من جناية أم ولده ، وإن أرضعت واحدة منها بغير ابن سيدها لم تحرمها لأن كل واحدة منهما صارت بنت أم ولده .

« مسألة » قال (ولو تزوج بكبيرة وصغيرتين فأرضعت الكبيرة الصغيرتين حرمت عليه الكبيرة وانفسخ نكاح الصغيرتين ولا مهر عليه للكبيرة ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين وله أن ينكح من شاء منهما)

أما تحريم الكبيرة فلأنها صارت من أمهات النساء ، وأما انفساخ نكاح الصغيرتين فلأنهما صارتا أختين واجتمعتا في الزوجية فينفسخ نكاحهما كالو أرضعتا معا ، ولا مهر للكبيرة لأن الفساد جاء من قبلها ، ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين لانها أفسدت نكاحهما، وله أن ينكح من شاء منهما لأن انفساخ نكاحهما للجمع ولا يوجب تحريما مؤبداً وهذا على الرواية التي قلنا إنها إذا أرضعت الصغيرة اختص الفسخ بالكبيرة .

فأما على الرواية التي تقول ينفسخ نكاحهما معا فإنه يثبت نكاح الأخيرة من الصغيرتين لان الكبيرة لما أرضعت الأولى انفسخ نكاحهما ثم أرضعت الاخرى فلم تجتمع معها في النكاح فلم ينفسخ نكاحها ، فأما إن كان دخل بالكبيرة حرمت وحرمت الصغيرتان على التأبيد ، لانهما ربيبتان قد دخل بأمهما .

( فصل ) فإن أرضعت الصغيرتين أجنبية انفسخ نكاحهما أيضا ، وهذا قول أبي حنيفة والمزني وأحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر ينفسخ نكاح الآخرة وحدها لان سبب البطلان حصل بها وهو الجمع ، فأشبه مالو تزوج إحدى الاختين بعد الاخرى .

ولنا أنه جامع بين الاختين في النكاح فانفسخ نكاحهما ، كما لو أرضعتهما معا وفارق ما لو عقد على واحدة بعد الاخرى ، فإن عقد الثانية لم يصح فلم يصر به جامعا بينهما وههنا حصل الجمع برضاع الثانية ولا يمكن القول بأنه لم يصح لحصلتا معا في نكاحه وهما أختان لا محالة .

( فصل ) وإن أرضعتهما بنت الكبيرة فالحكم فى الفسخ كما لو أرضعته الكبيرة نفسها ، لان الكبيرة تصير جدة لها ولكن الرجوع يكون على المرضعة المفسدة لنكاحهن .

( مسألة ) قال ( وإن كن الاصاغر ثلاثا فأرضعتهن منفردات حرمت الكبيرة وانفسخ نكاح المرضعتين أولا وثبت نكاح آخرهن رضاعا ، فإن أرضعت إحداهن منفردة واثنتين بعد ذلك معا حرمت الكبيرة وانفسخ نكاح الاصاغر وتزوج من شاء من الاصاغر ، وإن كان دخل بالكبيرة حرم الكل عليه على الابد )

إنما حرمت الكبيرة لانها صارت من أمهات النساء وانفسخ نكاح المرضعتين أولا لانهما صارتا أختين فى نكاحه ، وثبت نكاح الاخيرة لان رضاعها بعد انفساخ نكاح الصغيرتين اللتين قبلها فلم يصادف إخوتها جمعا فى النكاح

وإن أرضعت إحداهن منفردة واثنتين بعد ذلك معا بأن تلقم كل واحدة منهما ثديا فيمتصان معا أو تحلب من لبنها فى إناء فتسقيهما انفسخ نكاح الجميع لانهن صرن أخوات فى نكاحه ، وله أن يتزوج من شاء من الاصاغر لان تحريمهن تحريم جمع لا تحريم تأبيد ، فإنهن ربائب لم يدخل بأمهن ، وان دخل بالكبيرة حرم الكل على الابد لأنهن ربائب مدخول بأمهن . هذا على الرواية الاولى ، وعلى الاخرى لما أرضعت الاولى انفسخ نكاحها ونكاح الكبيرة لانها صارت أمها واجتمعتا فى نكاحه ثم ارتضعت الثانية فلم ينفسخ نكاحها لانها منفردة بالرضاع فى النكاح ، فلما أرضعت الثالثة صارتا أختين فانفسخ نكاحهما .

(فصل) فإن أرضعتهن بنت الكبيرة فهو كما لو أرضعتهن أمها ، ولو كان لها ثلاث بنات فأرضعت كل واحدة منهن زوجة من الاصاغر حرمت الكبيرة بإرضاع أولاهن ويرجع على مرضعتها بما لزمه من مهرها لانها أفسدت نكاحها ولا ينفسخ نكاح الاصاغر لانهن لم يصرن اخوات وانما هن بنات خالات ، وعلى الرواية الاخرى ينفسخ نكاح المرضعة الاولى لاجتماعها مع جدتها فى النكاح ويثبت نكاح الاخيرتين ويرجع بما لزمه من مهر التى فسد نكاحها على التى أرضعتها ،

وان كان دخل بالكبيرة حرم الكل عليه على الأبد ورجع على كل واحدة بما لزمه من مهر التي أرضعتها ، وان قلنا إنه يرجع بمهر الكبيرة رجع به على المرضعة الأولى لأنها التي أفسدت نكاحها .

« مسألة » قال ( واذا شهدت امرأة واحـــدة على الرضاع حرم النكاح اذا كانت مرضية ، وقد روى عن أبي عبدالله رحمه الله رواية أخرى : ان كانت مرضية استحلفت فإن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها وذهب في ذلك الى قول ابن عباس رضي الله عنهما )

وجملة ذلك : أن شهادة المرأة الواحدة مقبوله في الرضاع إذا كانت مرضية ، وبهذا قال طاوس والزهري والأوزاعي وابن أبي ذئب وسعيد بن عبد العزيز ، وعن أحمد رواية أخرى لا يقبل الا شهادة امرأتين وهو قول الحكم لأن الرجال أكمل من النساء ولا يقبل إلا شهادة رجلين فالنساء أولى .

وعن أحمد رواية ثالثة أن شهادة المرأة الواحدة مقبوله وتستحلف مع شهادتها وهو قول ابن عباس وإسحاق لان ابن عباس قال في امرأة زعمت أنها أرضعت رجلا وأهله فقال « إن كانت مرضية استحلفت وفارق امرأته ، وقال ان كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها » يعني يصيبها فيها برص عقوبة على كذبها وهذا لا يقتضيه قياس ولا يهتدى اليه رأى فالظاهر أنه لا يقوله إلا توقيفا .

وقال عطاء وقتادة والشافعي لا يقبل من النساء أقل من أربع لأن كل امرأتين كرجل ، وقال أصحاب الرأى لا يقبل فيه إلا رجلان أو رجل وامرأتان ، وروى ذلك عن عمر لقول الله تعالى ( واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان )

ولنا ما روى عقبة بن الحارث قال « تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال : وكيف وقد زعمت ذلك ؟ » متفق عليه . وفي لفظ رواه النسائي قال « فأتيته من قبل وجهه فقلت : إنها كاذبة قال : كيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ؟ خل سبيلها » وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة .

وقال الزهرى : فرق بين أهل أبيات فى زمن عثمان رضى الله عنه بشهادة امرأة فى الرضاع ، وقال الأوزاعى : فرق عثمان بين أربعة وبين نسائهم بشهادة امرأة فى الرضاع . وقال الشعبى : كانت القضاة تفرق بين الرجل والمرأة بشهادة امرأة واحدة فى الرضاع ، ولأن هذا شهادة على عورة فقبل فيها شهادة النساء المنفردات كالولادة ، وعلى الشافعى بأنه معنى يقبل فيه قول النساء المنفردات فقبل فيه شهادة المرأة المنفردة كالخبر .

( فصل ) ويقبل فيه شهادة المرضعة على فعل نفسها لما ذكرنا من حديث عقبة من أن الأمة السوداء قالت قد أرضعتكما فقبل النبى صلى الله عليه وسلم شهادتها ولأنه فعل لا يحصل لها به نفع مقصود ولا تدفع عنها به ضرراً فقبلت شهادتها به كفعل غيرها . فإن قيل : فإنها تستبيح الخلوة به والسفر معه وتصير محرما له ؟ قلنا : ليس هذا من الأمور المقصودة التى ترد بها الشهادة ، ألا ترى أن رجلين لو شهدا أن فلانا طلق زوجته وأعتق أمته قبل شهادتهما وان كان يحل لهما نكاحهما بذلك

( فصل ) ولا تقبل الشهادة على الرضاع الا مفسرة فلو قالت أشهد أن هذا ابن هذه من الرضاع لا يقبل لأن الرضاع المحرم يختلف الناس فيه ، منهم من يحرم بالقليل ، ومنهم من يحرم بعد الحولين فلزم الشاهد تبيين كيفيته ليحكم الحاكم فيه باجتهاده فيحتاج الشاهد أن يشهد أن هذا ارتضع من ثدى هذه خمس رضعات متفرقات خلص اللبن فيهن الى جوفه فى الحولين .

فإن قيل . خلوص اللبن الى جوفه لا طريق له إلى مشاهدته ، فكيف تجوز الشهادة ؟ قلنا إذا علم ان هذه المرأة ذات لبن ورأى الصبى قد التقم ثديها وحرك فمه فى الامتصاص وحلقه فى الاجتراع حصل ظن يقرب الى اليقين أن اللبن قد وصل الى جوفه ، وما يتعذر الوقوف عليه بالمشاهدة اكتفى فيه بالظاهر كالشهادة بالملك وثبوت الدين فى الذمة والشهادة على النسب بالاستفاضة .

ولو قال الشاهد : أدخل رأسه تحت ثيابها والتقم ثديها لا يقبل لأنه قد يدخل رأسه ولا يأخذ الثدى وقد يأخذ الثدى ولا يمص فلا بد من ذكر ما يدل عليه وان قال أشهد أن هذه أرضعت هذا فالظاهر أنه يكتفى فى ثبوت أصل الرضاع لأن المرأة التى قالت قد أرضعتكما اكتفى بقولها .

« مسألة » قال ( واذا تزوج امرأة ثم قال قبل الدخول هي أختي من الرضاعة انفسخ النكاح فان صدقته المرأة فلا مهر لها وان كذبته فلها نصف المهر )

وجملته : ان الزوج إذا أقر أن زوجته أخته من الرضاعة انفسخ نكاحه ويفرق بينهما ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إذا قال وهمت أو أخطأت قبل قوله لان قوله ذلك يتضمن أنه لم يكن بينهما نكاح ولو جحد النكاح ثم أقر به قبل . كذلك ههنا

ولنا أنه أقر بما يتضمن تحريمها عليه فلم يقبل رجوعه عنه كما لو أقر بالطلاق ثم رجع أو أقر أن أمته أخته من النسب ، وما قاسوا عليه غير مسلم ، وهذا الكلام في الحكم فأما فيما بينه وبين ربه فينبني ذلك على علمه بصدقه فان علم أن الأمر كما قال فهي محرمة عليه ولا نكاح بينهما ، وان علم كذب نفسه فالنكاح باق بحاله وقوله كذب لا يحرمها عليه لأن المحرم حقيقة الرضاع لا القول وان شك في ذلك لم نزل عن اليقين بالشك وقيل في حلها له إذا علم كذب نفسه روايتان : والصحيح ما قلناه لأن قوله ذلك إذا كان كذبا لم يثبت التحريم كما لو قال لها وهي أكبر منه هي ابنتي من الرضاعة .

إذا ثبت هذا : فإنه ان كان قبل الدخول وصدقته المرأة فلا شيء لها لأنهما اتفقا على أن النكاح فاسد من أصله لا يستحق فيه مهر ، فأشبه ما لو ثبت ذلك ببينة وان أكذبته فالقول قولها لأن قوله غير مقبول عليها في اسقاط حقوقها فلزمه إقراره فيما هو حق له وهو تحريمها عليه وفسخ نكاحه ولم يقبل قوله فيما عليه من المهر .

( فصل ) فإن قال : هي عمتي أو خالتي او ابنة أخي أو أختي أو أمي من الرضاع وأمكن صدقه فالحكم فيه كما لو قال هي أختي وان لم يمكن صدقه مثل أن يقول لاصغر منه أو لمثله : هي أمي ، او لأكبر منه أو لمثله هذه ابنتي لم تحرم عليه ، وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو يوسف ومحمد تحرم عليه لأنه اقرار بما يحرمها عليه فوجب ان يقبل كما لو امكن .

ولنا : أنه أقر بما تحقق كذبه فيه فأشبه ما لو قال أرضعتني وإياها حواء

أو كما لو قال هذه حواء، وما ذكروه منتقض بهذه الصور ويفارق إذا أمكن فإنه لا يتحقق كذبه والحكم في الإقرار بقرابة من النسب تحرمها عليه كالحكم في الإقرار بالرضاع لأنه في معناه .

( فصل ) إذا ادعى أن زوجته أخته من الرضاع فأنكرته فشهدت بذلك أمه أو ابنته لم تقبل شهادتهما لأن شهادة الوالدة لولدها والوالد لولده غير مقبولة ، وان شهدت بذلك أمها أو ابنتها قبلت ، وعنه لا يقبل بناء على شهادة الوالد على ولده والولد على والده ، وفي ذلك روايتان . وان ادعت ذلك المرأة وأنكره الزوج فشهدت لها أمها أو ابنتها لم تقبل وان شهدت لها أم الزوج أو ابنته فعلى روايتين

« مسألة » قال ( وان كانت المرأة هي التي قالت هو أخي من الرضاعة فأكذبها ولم تأت بالبينة على ما وصفت فهي زوجته في الحكم )

وجملته أن المرأة إذا أقرت ان زوجها اخوها من الرضاعة فأكذبها لم يقبل قولها في فسخ النكاح لأنه حق عليها ، فان كان قبل الدخول فلا مهر لها لأنها تقر بأنها لا تستحقه ؛ فإن كانت قد قبضته لم يكن للزوج اخذه منها لأنه يقر بأنه حق لها ، وان كان بعد الدخول فأقرت انها كانت عالمة بأنها أخته وبتحريمها عليه ومطاوعة له في الوطء فلا مهر لها أيضاً لإقرارها بأنها زانية مطاوعة ، وان أنكرت شيئاً من ذلك فلها المهر لأنه وطء بشبهة وهي زوجته في ظاهر الحكم لأن قولها عليه غير مقبول ، فأما فيما بينها وبين الله تعالى فان علمت صحة ما أقرت به لم يحل لها مساكنته وتمكينه من وطئها وعليها أن تفر منه وتفتدي نفسها بما أمكنها لان وطأه لها زنا فعليها التخلص منه مهما أمكنها كما قلنا في التي علمت ان زوجها طلقها ثلاثا وجحدها ذلك ، وينبغي ان يكون الواجب لها من المهر بعد الدخول اقل الأمرين من المسمى او مهر المثل لأنه ان كان المسمى اقل فلا يقبل قولها في وجوب زائد عليه .

وان كان الأقل مهر المثل لم تستحق أكثر منه لاعترافها بأن استحقاقها له بوطئها لا بالعقد فلا تستحق اكثر منه ، وان كان إقرارها بأخوته قبل النكاح لم يجز لها نكاحه ولا يقبل رجوعها عن إقرارها في ظاهر الحكم لأن إقرارها

لم يصادف زوجية عليها يبطلها فقبل إقرارها على نفسها بتحريمه عليها ، وكذلك لو اقر الرجل ان هذه اخته من الرضاع او محرمة عليه برضاع او غيره وامكن صدقه لم يحل له تزوجها فيما بعد ذلك فى ظاهر الحكم ، واما فيما بينه وبين الله تعالى فينبنى على علمه بحقيقة الحال على ما ذكرناه .

( فصل ) وان ادعى احد الزوجين على الآخر انه اقر أنه اخو صاحبه من الرضاع فأنكر لم يقبل فى ذلك شهادة النساء المنفردات لأنها شهادة على الإقرار والاقرار مما يطلع عليه الرجال فلم يحتج فيه الى شهادة النساء المنفردات فلم يقبل ذلك بخلاف الرضاع نفسه .

## ( فصـــل )

كره ابو عبد الله الارتضاع بلبن الفجور والمشركات ، وقال عمر بن الخطاب وعمر بن عبدالعزيز رضى الله عنهما : اللبن يشتبه فلا تستق من يهودية ولا نصرانية ولا زانية ولا يقبل اهل الذمة المسلمة ولا يرى شعورهن ، ولأن ابن الفاجرة ربما افضى الى شبه المرضعة فى الفجور ويجعلها اما لولده فيعتير بها ويتضرر طبعاً وتعيراً ، والارتضاع من المشركة يجعلها اما لها حرمة الام مع شركها وربما مال اليها فى محبة دينها ويكره الارتضاع بلبن الحمقاء كيلا يشبهها الولد فى الحمق فانه يقال إن الرضاع يغير الطباع . والله تعالى أعلم .

# كتاب النفقات

نفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى ( لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها ) ومعنى قدر عليه أى ضيق عليه ومنه قوله سبحانه ( يبسط الرزق لمن يشاء ويقدر ) أى يوسع على من يشاء ويضيق على من يشاء وقال الله تعالى ( قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم وما ملكت أيمانهم )

وأما السنة فما روى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال « اتقوا الله فى النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» رواه مسلم وأبو داود ، وروى الترمذى بإسناده عن عمرو بن الأحوص قال « ألا إن لكم على نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا ، فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن فى بيوتكم لمن تكرهون . ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن فى كسوتهن وطعامهن » وقال هذا حديث حسن صحيح . وجاءت هند إلى رسول الله (ص) فقالت « يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى من النفقة ما يكفينى وولدى . فقال : خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه

وفيه دلالة على وجوب النفقة لها على زوجها وأن ذلك مقدر بكفايتها وأن نفقة ولده عليه دونها مقدر بكفايتهم وإن ذلك بالمعروف وأن لها أن تأخذ ذلك بنفسها من غير علمه إذا لم يعطها إياه .

وأما الاجماع فاتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن . ذكره ابن المنذر وغيره ، وفيه ضرب من العبرة وهو أن المرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب فلا بد من أن ينفق عليها كالعبد مع سيده .

« مسألة » قال ابو القاسم رحمه الله تعالى ( وعلى الزوج نفقة زوجته مالا غناء بها عنه وكسوتها )

وجملة الأمر أن المرأة إذا سلمت نفسها إلى الزوج على الوجه الواجب عليها فلها عليه جميع حاجتها من مأكول ومشروب وملبوس ومسكن . قال أصحابنا : ونفقتها معتبرة بحال الزوجين جميعاً ، فإن كانا موسرين فلها عليه نفقة الموسرين ، وإن كانا معسرين فعليه نفقة المعسرين . وإن كانا متوسطين فلها عليه نفقة المتوسطين ، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فعليه نفقة المتوسطين أيهما كان الموسر .

وقال أبو حنيفة ومالك : يعتبر حال المرأة على قدر كفايتها ، لقول الله تعالى ( وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ) والمعروف الكفاية ، ولأنه سوى بين النفقة والكسوة ، والكسوة على قدر حالها فكذلك النفقة . وقال النبي صلى الله عليه وسلم لهند « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » فاعتبر كفايتها دون حال زوجها ، ولأن نفقتها واجبة لدفع حاجتها فكان الاعتبار بما تندفع به حاجتها دون حال من وجبت عليه كنفقة المماليك ، ولأنه واجب للمرأة على زوجها بحكم الزوجية لم يقدر فكان معتبراً بها كمهرها وكسوتها .

وقال الشافعي : الاعتبار بحال الزوج وحده لقول الله تعالى ( لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها )

ولنا أن فيما ذكرناه جمعا بين الدليلين وعملا بكلا النصين ورعاية لكلا الجانبين فيكون أولى .

( فصل )

والنفقة مقدرة بالكفاية وتختلف باختلاف من تجب له النفقة في مقدارها . وبهذا قال أبو حنيفة ومالك . وقال القاضي : هي مقدرة بمقدار لا يختلف في القلة والكثرة ، والواجب رطلان من الخبز في كل يوم في حق الموسر والمعسر اعتباراً بالكفارات ، وإنما يختلفان في صفته وجودته لأن الموسر والمعسر سواء في قدر المأكول وفيما تقوم به البنية ، وإنما يختلفان في جودته فكذلك النفقة الواجبة . وقال الشافعي : نفقة المقتر مد بمد النبي ( ص ) لأن أقل ما يدفع في الكفارة الى الواحد مد والله سبحانه اعتبر الكفارة بالنفقة على الأهل فقال سبحانه ( من أوسط ما تطعمون أهليكم ) وعلى الموسر مدان لأن أكثر ما أوجب الله سبحانه

للواحد مدين فى كفارة الأذى ، وعلى المتوسط مد ونصف ، نصف نفقة الموسر ونصف نفقة الفقير .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف» فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير ورد الاجتهاد فى ذلك اليها ، ومن المعلوم أن قدر كفايتها لا ينحصر فى المدين بحيث لا يزيد عنهما ولا ينقص ، ولأن الله تعالى قال ( وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ) وقال النبي (ص) «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» وإيجاب أقل من الكفاية من الرزق ترك للمعروف وايجاب قدر الكفاية ، وان كان أقل من مد أو من رطلي خبز انفاق بالمعروف فيكون ذلك هو الواجب بالكتاب والسنة .

واعتبار النفقة بالكفارة فى القدر لا يصح لأن الكفارة لا تختلف باليسار والاعسار ولا هى مقدرة بالكفارة ، وانما اعتبرها الشرع بها فى الجنس دون القدر ، ولهذا لا يجب فيها الادم

( فصل ) ولا يجب فيها الحب ، وقال الشافعي : الواجب فيها الحب اعتباراً بالإطعام فى الكفارة حتى لو دفع اليها دقيقا أو سويقا أو خبزاً لم يلزمها قبوله كما لا يلزم ذلك المسكين فى الكفارة ، قال بعضهم: يجيء على قول أصحابنا أنه لا يجوز وان تراضيا لانه بيع حنطة بجنسها متفاضلا

ولنا قول ابن عباس فى قوله تعالى (من أوسط ما تطعمون أهليكم) قال الخبز والزيت ، وعن ابن عمر : الخبز والسمن ، والخبز والزيت ، والخبز والتمر ، ومن أفضل ما تطعمونهن الخبز واللحم ، ففسر اطعام الاهل بالخبز مع غيره من الادم ولان الشرع ورد بالانفاق مطلقا من غير تقييد ولا تقدير فوجب أن يرد الى العرف كما فى القبض والإحراز ، وأهل العرف انما يتعارفون فيما بينهم فى الانفاق على أهليهم الخبز والادم دون الحب ، والنبي صلى الله عليه وسلم وصحابته انما كانوا ينفقون ذلك دون ما ذكروه ، فكان ذلك هو الواجب ، ولانها نفقة قدرها الشرع بالكفاية فكان الواجب الخبز كنفقة العبد ، ولان الحب تحتاج فيه الى طحنه وخبزه ، فمتى احتاجت الى تكلف ذلك من مالها لم تحصل الكفاية بنفقته وفارق الاطعام فى الكفارة لانها لا تتقدر بالكفاية ولا يجب فيها الادم ، فعلى هذا

لو طلبت مكان الخبز دراهم أو حبا أو دقيقا أو غيرذلك لم يلزمه بذله ، ولوعرض عليها بدل الواجب لها لم يلزمها قبوله لانها معاوضة فلا يجبر واحـــد منهما على قبوله كالبيع ، وإن تراضيا على ذلك جاز لأنه طعام وجب فى الذمة لآدمى معين فجازت المعاوضة عنه كالطعام فى القرض ، ويفارق الطعام فى الكفارة لأنه حق الله تعالى ، وليس هو لآدمى معين فيرضى بالعوض عنه ، وان أعطاها مكان الخبز حبا أو دقيقا جاز اذا تراضيا عليه . لأن هذا ليس بمعاوضة حقيقة ، فإن الشارع لم يعتبر الواجب بأكثر من الكفاية ، فبأى شيء حصلت الكفاية كان ذلك هو الواجب ، وانما صرنا الى ايجاب الخبز عندالاختلاف لترجحه بكونه القوت المعتاد

(فصل) ويرجع فى تقدير الواجب الى اجتهاد الحاكم أو نائبه ان لم يتراضيا على شيء فيفرض للمرأة قدر كفايتها من الخبز والادم فيفرض للموسرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع خبز البلد الذى يأكله أمثالهما ، وللمعسرة تحت المعسر قدر كفايتها من أدنى خبز البلد وللمتوسطة تحت المتوسط من أوسطه لكل أحد على حسب حاله على ما جرت به العادة فى حق أمثاله ، وكذلك الادم للموسرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع الادم من اللحم والارز واللبن وما يطبخ به اللحم والدهن على اختلاف أنواعه فى بلدانه السمن فى موضع والزيت فى آخر والشيرج فى آخر ، وللمعسرة تحت المعسر من الادم أدونه كالباقلا والخل والبقل والكامخ وما جرت به عادة أمثالهم وما يحتاج اليه من الدهن . وللمتوسطة تحت المتوسط أوسط ذلك من الخبز والادم كل على حسب عادته : وقال الشافعى : الواجب من جنس قوت البلدة لا يختلف باليسار والاعسار سوى المقدار والادم هو الدهن خاصة لانه أصلح للابدان وأجود فى المؤنة لانه لا يحتاج الى طبخ وكلفة ، ويعتبر الادم بغالب عادة اهل البلد كالزيت بالشام والشيرج بالعراق والسمن بخراسان، ويعتبر قدر الادم بالقوت ، فإذا قيل أن الرطل تكفيه الاوقية من الدهن فرض ذلك ، وفى كل يوم جمعة رطل لحم ، فإن كان فى موضع يرخص اللحم زادها على الرطل شيئا وذكر القاضى فى الادم مثل هذا ، وهذا مخالف لقول الله ( لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ) ولقول النبى ص «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» ومتى أنفق الموسر نفقة المعسر فما أنفق من سعته ولا رزقها

بالمعروف . وقد فرق الله عز وجل بين الموسر والمعسر فى الإنفاق ، وفى هذا جمع بين ما فرق الله تعالى

وتقدير الأدم بما ذكروه تحكم لا دليل عليه وخلاف العادة والعرف بين الناس فى إنفاقهم فلا يعرج على مثل هـذا ، وقد قال ابن عمر : من أفضـل ما تطعمون أهليكم الخبز واللحم ، والصحيح ما ذكرناه من رد النفقة المطلقة فى الشرع إلى العرف فيما بين الناس فى نفقاتهم فى حق الموسر والمعسر والمتوسط كما رددناهم فى الكسوة إلى ذلك . ولأن النفقة من مؤنة المرأة على الزوج . فاختلف جنسها بالإيسار والإعسار كالكسوة .

( فصل ) وحكم المكاتب والعبد حكم المعسر لأنهما ليس بأحسن حالا منه . ومن نصفه حر إن كان موسراً فحكمه حكم المتوسط لأنه متوسط نصفه موسر ونصفه معسر .

( فصل ) ويجب للمرأة ما تحتاج إليه من المشط والدهن لرأسها والسدر أو نحوه مما تغسل به رأسها وما يعود بنظافتها لان ذلك يراد للتنظيف فكان عليه ، كما أن على المستأجر كنس الدار وتنظيفها

فأما الخضاب فإنه إن لم يطلبه الزوج منها لم يلزمه لأنه يراد للزينة ، وان طلبه منها فهو عليه ، وأما الطيب فما يراد منه لقطع السهوكة كدواء العرق لزمه لأنه يراد للتطيب ، وما يراد منه للتلذذ والاستمتاع لم يلزمه لان الاستمتاع حق له فلا يجب عليه ما يدعوه اليه . ولا يجب عليه شراء الادوية ولا أجرة الطبيب لأنه يراد لاصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار وحفظ أصولها وكذلك أجرة الحجام والفاصد

( فصل وتجب عليه كسوتها بإجماع أهل العلم لما ذكرنا من النصوص ولانها لابد منها على الدوام فلزمته كالنفقة ، وهي معتبرة بكفايتها وليست مقدرة بالشرع كما قلنا فى النفقة ، ووافق أصحاب الشافعى على هذا ويرجع فى ذلك الى اجتهاد الحاكم فيفرض لها على قدر كفايتها على قدر يسرهما وعسرهما . وما جرت عادة أمثالها به من الكسوة فيجتهد الحاكم فى ذلك عند نزول الامر كنحو اجتهاده فى المتعة للمطلقة وكما قلنا فى النفقه . فيفرض للموسرة تحت الموسر من أرفع ثياب البلد من

الكتان والخز والابريسم وللمعسرة تحت المعسر غليظ القطن والكتان وللمتوسطة تحت المتوسط : المتوسط من ذلك فأقل ما يجب من ذلك قميص وسراويل ومقنعة ومداس وجبة للشتاء ويزيد من عدد الثياب ما جرت العادة بلبسه مما لا غنى عنه دون ما للتجمل والزينة ، والأصل فى هذا قول الله عز وجل (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ) وقول النبى صلى الله عليه وسلم « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » والكسوة بالمعروف هى الكسوة التى جرت عادة أمثالها بلبسه ، وقول النبى ص) لهند « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » .

( فصل ) وعليه لها ما تحتاج اليه للنوم من الفراش واللحاف والوسادة كل على حسب عادته ، فإن كانت ممن عادته النوم فى الأكسية والبساط فعليه لها لنومها ما جرت عادتهم به ولجلوسها بالنهار البساط والزلى والحصير الرفيع أو الخشن ، الموسر على حسب إيساره والمعسر على قدر إعساره على حسب العوائد .

## فصل

ويجب لها مسكن بدليل قوله سبحانه وتعالى ( أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ) فإذا وجبت السكنى للمطلقة فللتى فى صلب النكاح أولى ، قال الله تعالى ( وعاشروهن بالمعروف ) ومن المعروف أن يسكنها فى مسكن ولأنها لا تستغنى عن المسكن للاستتار عن العيون وفى التصرف والاستمتاع وحفظ المتاع ويكون المسكن على قدر يسارهما واعسارهما لقول الله تعالى ( من وجدكم ) ولأنه واجب لها لمصلحتها فى الدوام فجرى مجرى النفقة والكسوة .

( فصل ) فإن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها لكونها من ذوى الاقدار أو مريضة وجب لها خادم لقوله تعالى ( وعاشروهن بالمعروف ) ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها خادما ولأنه مما تحتاج اليه فى الدوام فأشبه النفقة ، ولا يجب لها أكثر من خادم واحد لأن المستحق خدمتها فى نفسها ، ويحصل ذلك بواحد ، وهذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى إلا أن مالكا قال : ان كان لا يصلح للمرأة الا أكثر من خادم فعليه أن ينفق على أكثر من واحد ونحوه ، قال أبو ثور اذا احتمل الزوج ذلك فرض لخادمين .

ولنا أن الخادم الواحد يكفيها لنفسها ، والزيادة تراد لحفظ ملكها أو للتجمل وليس عليه ذلك . اذا ثبت هذا : فلا يكون الخادم الا ممن يحل له النظر اليها اما امرأة واما ذو رحم محرم لأن الخادم يلزم المخدوم فى غالب أحواله فلا يسلم من النظر وهل يجوز أن يكون من أهل الكتاب ؟ فيه وجهان . الصحيح منهما جوازه لأن استخدامهم مباح ، وقد ذكرنا فيما مضى أن الصحيح اباحة النظر لهم والثانى : لا يجوز لأن فى اباحة نظرهم اختلافا وتعافهم النفس ولا يتنظفون من النجاسة ولا يلزم الزوج أن يملكها خادما لأن المقصود الخدمة فإذا حصلت من غير تمليك جاز كما أنه اذا أسكنها داراً بأجرة جاز ، ولا يلزمه تمليكها مسكنا فإن ملكها الخادم فقد زاد خيراً وان أخدمها من يلازم خدمتها من غير تمليك جاز سواء كان له أو استأجره حراً كان أو عبداً وان كان الخادم لها فرضيت بخدمته لها ونفقته على الزوج جاز ، وان طلبت منه أجرة خادمها فوافقها جاز ، وان قال لا أعطيك أجر هذا ولكن أنا آتيك بخادم سواه فله ذلك اذا أتاها بمن يصلح ، وان قالت أنا أخدم نفسى وآخذ أجر الخادم لم يلزم الزوج قبول ذلك لأن الاجر عليه فتعيين الخادم اليه ولان فى اخدامها توفيرها على حقوقه وترفيهها ورفع قدرها وذلك يفوت بخدمتها لنفسها . وان قال الزوج أنا أخدمك بنفسى لم يلزمها لأنها تحتشمه وفيه غضاضة عليها لكون زوجها خادما ، وفيه وجه آخر أنه يلزمها الرضى به لأن الكفاية تحصل به .

( فصل ) وعلى الزوج نفقة الخادم ومؤنته من الكسوة والنفقة مثل ما لامرأة المعسر الا أنه لا يجب لها المشط والدهن لرأسها والسدر لأن ذلك يراد للزينة والتنظيف ولا يراد ذلك من الخادم لكن ان احتاجت الى خف لتخرج الى شراء الحوائج لزمه ذلك .

« مسألة » قال ( فان منعها ما يجب لها أو بعضه وقدرت له على مال أخذت منه مقدار حاجتها بالمعروف كما قال النبى صلى الله عليه وسلم لهند حين قالت : ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى من النفقة ما يكفينى وولدى ؟ فقال «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف »)

وجملته : أن الزوج إذا لم يدفع الى امرأته ما يجب لها عليه من النفقة والكسوة أو دفع اليها أقل من كفايتها فلها أن تأخذ من ماله الواجب أو تمامه بإذنه وبغير إذنه بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » وهذا إذن لها فى الأخذ من ماله بغير إذنه ورد لها الى اجتهادها فى قدر كفايتها وكفاية ولدها وهو متناول لأخذ تمام الكفاية ، فإن ظاهر الحديث دل على أنه قد كان يعطيها بعض الكفاية ولا يتممها لها فرخص النبى صلى الله عليه وسلم لها فى أخذ تمام الكفاية بغير علمه لأنه موضع حاجة ؛ فإن النفقة لا غنى عنها ولا قوام إلا بها فإذا لم يدفعها الزوج ولم تأخذها أفضى الى ضياعها وهلاكها فرخص لها فى أخذ قدر نفقتها دفعا لحاجتها ، ولأن النفقة تتجدد بتجدد الزمان شيئاً فشيئاً فتشق المرافعة الى الحاكم والمطالبة بها فى كل الأوقات فلذلك رخص لها فى أخذها بغير إذن من هى عليه .

وذكر القاضى بينها وبين الدين فرقا آخر وهو أن نفقة الزوجة تسقط بفوات وقتها عند بعض أهل العلم مالم يكن فرضها لها فلو لم تأخذ حقها أفضى الى سقوطها والاضرار بها بخلاف الدين فإنه لا يسقط عند أحد بترك المطالبة فلا يؤدى ترك الأخذ الى الإسقاط .

( فصل ) ويجب عليه دفع نفقتها اليها فى صدر نهار كل يوم إذا طلعت الشمس لأنه أول وقت الحاجة ، فإن اتفقا على تأخيرها جاز لأن الحق لها فإذا رضيت بتأخيره جاز كالدين .

وان اتفقا على تعجيل نفقة عام أو شهر أو أقل من ذلك أو أكثر أو تأخيره جاز لان الحق لهما لا يخرج عنهما فجاز من تعجيله وتأخيره ما اتفقا عليه كالدين وليس بين أهل العلم فى هذا خلاف علمناه ، فإن سلم اليها نفقة يوم ثم ماتت فيه لم يرجع عليها بها لانه دفع اليها ما وجب عليه دفعه اليها ، وان أبانها بعد وجوب الدفع اليها لم تسقط نفقتها فيه ولها مطالبته بها لانها قد وجبت فلم تسقط بالطلاق كالدين ، وان عجل لها نفقة شهر أو عام ثم طلقها أو ماتت قبل انقضائه أو بانت بفسخ أو إسلام أحدهما أو ردته فله أن يسترجع نفقه سائر الشهر ، وبه قال الشافعى ومحمد بن الحسن .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يسترجعها لأنها صلة فإذا قبضتها لم يكن له الرجوع فيها كصدقة التطوع .

ولنا : أنه سلم اليها النفقة سلفا عما يجب في الثاني فإذا وجد ما يمنع الوجوب ثبت الرجوع كما لو أسلفها إياها فنشزت أو عجل الزكاة الى الساعي فتلف ماله قبل الحول . وقولهم إنها صلة ، قلنا : بل هي عوض عن التمكين وقد فات التمكين ، وذكر القاضي أن زوج الوثنية والمجوسية إذا دفع اليها نفقة سنتين ثم بانت باسلامه فإن لم يكن أعلمها أنها نفقة عجلها لها لم يرجع عليها لأن الظاهر أنه تطوع بها ، وان أعلمها ذلك انبنى على معجل الزكاة اذا أعلم الفقير أنها زكاة معجلة ثم تلف المال ، وفي الرجوع بها وجهان كذلك ههنا . وكذلك ينبغي أن يكون في سائر الصور مثل هذا لأنه تبرع بدفع ما لا يلزمه من غير اعلام الآخذ بتعجيله فلم يرجع به كمعجل الزكاة ، ولو سلم اليها نفقة اليوم فسرقت أو تلفت لم يلزمه عوضها لأنه برىء من الواجب بدفعه فأشبه ما لو تلفت الزكاة بعد قبض الساعي لها أو الدين بعد أخذ صاحبه له .

## فصل

واذا دفع اليها نفقتها فلها أن تتصرف فيها بما أحبت من الصدقة والهبة والمعاوضة مالم يعد ذلك عليها بضرر في بدنها وضعف في جسمها لانه حق لها فلها التصرف فيه بما شاءت كالمهر وليس لها التصرف فيها على وجه يضر بها لان فيه تفويت حقه منها ونقصا في استمتاعه بها .

( فصل ) وعليه دفع الكسوة اليها في كل عام مرة لانها العادة ويكون الدفع اليها في أوله لأنه أول وقت الوجوب ، فان بليت الكسوة في الوقت الذي يبلى فيه مثلها لزمه أن يدفع اليها كسوة أخرى لأن ذلك وقت الحاجة اليها ، وان بليت قبل ذلك لكثرة دخولها وخروجها أو استعمالها لم يلزمه ابدالها لأنه ليس بوقت الحاجة الى الكسوة في العرف ، وان مضى الزمان الذي تبلى في مثله بالاستعمال المعتاد ولم تبل ، فهل يلزمه بدلها ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لا يلزمه بدلها لانها غير محتاجة الى الكسوة .

والثاني : يلزمه لأن الاعتبار بمضي الزمان دون حقيقة الحاجة بدليل أنها

لو بليت قبل ذلك لم يلزمه بدلها ، ولو أهدى اليها كسوة لم تسقط كسوتها ، وان أهدى اليها طعام فأكلته وبقى قوتها الى الغد لم يسقط قوتها فيه ، وان كساها ثم طلقها قبل أن تبلى فهل له أن يسترجعها ؟ فيه وجهان .

أحدهما : له ذلك لأنه دفعها للزمان المستقبل فإذا طلقها قبل مضيه كان له استرجاعها كما لو دفع اليها نفقة مدة ثم طلقها قبل انقضائها .

والثانى : ليس له الاسترجاع لأنه دفع اليها الكسوة بعد وجوبها عليه فلم يكن له الرجوع فيها كما لو دفع اليها النفقة بعد وجوبها ثم طلقها قبل أكلها بخلاف النفقة المستقبلة .

( فصل ) وإذا دفع اليها كسوتها فأرادت بيعها أو التصدق بها وكان ذلك يضر بها أو يخل بتجملها بها أو بسترتها لم تملك ذلك كما لو أرادت الصدقة بقوتها على وجه يضر بها، وان لم يكن فى ذلك ضرر احتمل الجواز لأنها تملكها فأشبهت النفقة ، واحتمل المنع لأن له استرجاعها لو طلقها فى أحد الوجهين بخلاف النفقة

( فصل ) والذمية كالمسلمة فى النفقة والمسكن والكسوة فى قول عامة أهل العلم وبه يقول مالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لعموم النصوص والمعنى .

• مسألة • قال ( فإذا منعها ولم تجد ما تأخذه واختارت فراقه فرق الحاكم بينهما )

وجملته : أن الرجل إذا منع امرأته النفقة لعسرته وعدم ما ينفقه فالمرأة مخيرة بين الصبر عليه وبين فراقه ، وروى نحو ذلك عن عمر وعلى وأبى هريرة ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وربيعة وحماد ومالك ويحيى القطان وعبد الرحمن بن مهدى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، وذهب عطاء والزهرى وابن شبرمة وأبو حنيفة وصاحباه الى أنها لا تملك فراقه بذلك ولكن يرفع يده عنها لتكتسب لأنه حق لها عليه فلا يفسخ النكاح لعجزه عنه كالدين ؛ وقال العنبرى يحبس إلى أن ينفق .

ولنا قول الله تعالى ( فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ) وليس الامساك مع ترك الانفاق إمساكا بمعروف فيتعين التسريح ، وروى سعيد عن سفيان

عن ابن أبي الزناد قال : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما؟ قال نعم . قال سنة ؟ قال سنة ، وهذا ينصرف الى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم

وقال ابن المنذر : ثبت أن عمر بن الخطاب كتب الى أمراء الاجناد فى رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى ولانه اذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل ، لانه انما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التى لا يقوم البدن الا بها أولى . اذا ثبت هذا فإنه متى ثبت الاعسار بالنفقة على الاطلاق فللمرأة المطالبة بالفسخ من غير انظار . وهذا أحد قولى الشافعى

وقال حماد بن ابى سليمان : يؤجل سنة قياسا على العنين . وقال عمر بن عبدالعزيز اضربوا له شهراً أو شهرين ، وقال مالك : الشهر ونحوه ، وقال الشافعى فى القول الاخر : يؤجل ثلاثا لانه قريب .

ولنا ظاهر حديث عمر ولأنه معنى يثبت الفسخ ولم يرد الشرع بالانظار فيه فوجب أن يثبت الفسخ فى الحال كالعيب ، ولأن سبب الفسخ الاعسار وقد وجد فلا يلزم التأخير .

( فصل ) وإن لم يجد النفقة إلا يوما بيوم فليس ذلك إعساراً يثبت به الفسخ لأن ذلك هو الواجب عليه وقد قدر عليه ، وان وجد فى أول النهار ما يغديها وفى آخره ما يعشيها لم يكن لها الفسخ لانها تصل إلى كفايتها وما يقوم به بدنها ، وإن كان صانعا يعمل فى الاسبوع بما يبيعه فى يوم بقدر كفايتها فى الاسبوع كله لم يثبت الفسخ لأن هذا يحصل الكفاية فى جميع زمانه ، وان تعذر عليه الكسب فى بعض زمانه أو تعذر البيع لم يثبت الفسخ لأنه يمكن الاقتراض الى زوال العارض وحصول الاكتساب .

وان عجز عن الاقتراض أياما يسيرة لم يثبت الفسخ لان ذلك يزول عن قريب ولا يكاد يسلم منه كثير من الناس ، وان مرض مرضا يرجى زواله فى أيام يسيرة لم يفسخ لما ذكرناه ، وان كان ذلك يطول فلها الفسخ لان الضرر الغالب يلحقها ولا يمكنها الصبر ، وكذلك ان كان لا يجد من النفقة الا يوما دون يوم فلها الفسخ

لانها لا يمكنها الصبر على هذا ويكون بمثابة من لا يجد الا بعض القوت ، وان أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار لان البدن لايقوم بما دونها ، وان أعسر بما زاد على نفقة المعسر فلا خيار لها لأن تلك الزيادة تسقط بإعساره ويمكن الصبر عنها ويقوم البدن بما دونها ، وان أعسر بنفقة الخادم لم يثبت لها خيار لما ذكرنا وكذلك ان أعسر بالادم ، وان أعسر بالكسوة فلها الفسخ لان الكسوة لا بد منها ولا يمكن الصبر عنها ولا يقوم البدن بدونها ، وان أعسر بأجرة مسكن ففيه وجهان ، أحدهما : لها الخيار لانه مما لا بد منه فهو كالنفقة والكسوة . والثاني لا خيار لها لان البنية تقوم بدونه ، وهذا الوجه هو الذى ذكر القاضي . وان أعسر بالنفقة الماضية لم يكن لها الفسخ لانها دين يقوم البدن بدونها فأشبهت سائر الديون .

الحال الثاني : أن يمتنع من الانفاق مع يساره فإن قدرت له على مال أخذت منه قدر حاجتها ولا خيار لها لان النبي (ص) أمر هنداً بالاخذ ولم يجعل لها الفسخ وان لم تقدر رافعته الى الحاكم فيأمره بالانفاق ويجبره عليه : فإن أبى حبسه فإن صبر على الحبس أخذ الحاكم النفقة من ماله، فإن لم يجد الا عروضا أو عقارا باعها فى ذلك ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة النفقة فى ماله من الدنانير والدراهم ولا يبيع عرضا الا بتسليم ، لأن بيع مال الانسان لا ينفذ الا بإذنه أو اذن وليه ولا ولايه على الرشيد

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند « خذى ما يكفيك » ولم يفرق ، ولان ذلك مال له فتؤخذ منه النفقة كالدراهم والدنانير ، وللحاكم ولاية عليه اذا امتنع بدليل ولايته على دراهمه ودنانيره ، وان تعذرت النفقة فى حال غيبته وله وكيل فحكم وكيله حكمه فى المطالبة والاخذ من المال عند امتناعه ، وان لم يكن له وكيل ولم تقدر المرأة على الأخذ أخذ لها الحاكم من ماله ويجوز بيع عقاره وعروضه فى ذلك اذا لم تجد ما تنفق سواه ، وينفق على المرأة يوما بيوم ، وبهذا قال الشافعي ويحي بن آدم ، وقال أصحاب الرأى : يفرض لها فى كل شهر .

ولنا ان هذا تعجيل للنفقة قبل وجوبها فلم يجز كما لو عجل لها نفقة زيادة عن شهر

( فصل ) وان غيب ماله وصبر على الحبس ولم يقدر الحاكم له على مال يأخذه أو لم يقدر على أخذ النفقة من مال الغائب فلها الخيار فى الفسخ فى ظاهر قول الخرقى واختيار أبى الخطاب ، واختار القاضى أنها لا تملك الفسخ ، وهو ظاهر مذهب الشافعى، لأن الفسخ فى المعسر لعيب الاعسار ولم يوجد ههنا، ولان الموسر فى مظنة امكان الاخذ من ماله، واذا امتنع فى يوم فربما لا يمتنع فى الغد بخلاف المعسر ولنا أن عمر رضى الله عنه كتب فى رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا ، وهذا اجبار على الطلاق عند الامتناع من الانفاق ، ولأن الانفاق عليها من ماله يتعذر فكان لها الخيار كحال الاعسار، بل هذا أولى بالفسخ فإنه اذا جاز الفسخ على المعذور فعلى غيره أولى ، ولأن فى الصبر ضرراً أمكن ازالته بالفسخ فوجبت ازالته، ولأنه نوع تعذر يجوز الفسخ فلم يفترق الحال بين الموسر والمعسر كما اذا أدى ثمن المبيع فإنه لافرق فى جواز الفسخ بين أن يكون المشترى معسراً وبين أن يهرب قبل أداء الثمن ، وعيب الاعسار انما جوز الفسخ لتعذر الانفاق ، بدليل أنه لو اقترض ما ينفق عليها أو تبرع له انسان بدفع ما ينفقه لم تملك الفسخ . وقولهم أنه يحتمل أن ينفق فيما بعد هذا . قلنا : وكذلك المعسر يحتمل أن يغنيه الله وأن يقترض أو يعطى ما ينفقه فاستويا .

( فصل ) ومن وجبت عليه نفقة امرأته وكان له عليها دين فأراد أن يحتسب عليها بدينه مكان نفقتها فإن كانت موسرة فله ذلك لان من عليه حق فله أن يقضيه من أى أمواله شاء ، وهذا من ماله ، وان كانت معسرة لم يكن له ذلك لان قضاء الدين انما يجب فى الفاضل من قوته ، وهذا لا يفضل عنها . ولان الله تعالى أمر بانظار المعسر بقوله سبحانه ( وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ) فيجب انظارها بما عليها

(فصل ) وكل موضع ثبت لها الفسخ لاجل النفقة لم يجز الا بحكم الحاكم لانه فسخ مختلف فيه فافتقر الى الحاكم كالفسخ بالعنة ولا يجوز له التفريق الا أن تطلب المرأة ذلك لانه لحقها فلم يجز من غير طلبها كالفسخ للعنة ، فإذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة له فيه . وبهذا قال الشافعى . وابن المنذر وقال مالك : هو تطليقة وهو أحق بها ان أيسر فى عدتها لانه تفريق لامتناعه

من الواجب عليه لها فأشبه تفريقه بين المولى وامرأته إذا امتنع من الفيئة والطلاق ولنا أنها فرقة لعجزه عن الواجب لها عليه أشبهت فرقة العنة ، فأما إن أجبره الحاكم على الطلاق فطلق أقل من ثلاث فله الرجعة عليها مادامت فى العدة ، فإن راجعها وهو معسر أو امتنع من الانفاق عليها ولم يمكن الأخذ من ماله فطلبت المرأة الفسخ . فللحاكم الفسخ لأن المقتضى له باق أشبه ما قبل الطلاق

## ( فصـــل )

وإن رضيت بالمقام معه مع عسرته أو ترك إنفاقه ثم بدا لها الفسخ أو تزوجت معسراً عالمة بحاله راضية بعسرته وترك إنفاقه ، أو شرط عليها أن لا ينفق عليها ثم عنّ لها الفسخ فلها ذلك ، وبهذا قال الشافعى

وقال القاضى : ظاهر كلام أحمد ليس لها الفسخ ويبطل خيارها فى الموضعين وهو قول مالك لأنها رضيت بعيبه ودخلت فى العقد عالمة به فلم تملك الفسخ ، كما لو تزوجت عنينا عالمة بعنته أو قالت بعد العقد قد رضيت به عنينا

ولنا أن وجوب النفقة يتجدد فى كل يوم فيتجدد لها الفسخ، ولا يصح إسقاط حقها فيما لم يجب لها كإسقاط شفعتها قبل البيع ، ولذلك لو أسقطت النفقة المستقبلة لم تسقط ولو أسقطتها أو أسقطت المهر قبل النكاح لم يسقط ، وإذا لم يسقط وجوبها لم يسقط الفسخ الثابت به ، وإن أعسر بالمهر وقلنا لها الفسخ لإعساره به فرضيت بالمقام لم يكن لها الفسخ ، لان وجوبه لم يتجدد ، بخلاف النفقة ، ولو تزوجته عالمة بإعساره بالمهر راضية بذلك فينبغى أن لا تملك الفسخ بإعساره به لانها رضيت بذلك فى وقت لو أسقطته فيه سقط

( فصل ) إذا رضيت بالمقام مع ذلك لم يلزمها التمكين من الاستمتاع لأنه لم يسلم اليها عوضه فلم يلزمها تسليمه كما لو أعسر المشترى بثمن المبيع لم يجب تسليمه إليه وعليه تخلية سبيلها لتكتسب لها وتحصل ما تنفقه على نفسها ، لأن فى حبسها بغير نفقة اضرارا بها ، ولو كانت موسرة لم يكن له حبسها لأنه انما يملك حبسها اذا كفاها المؤنة وأغناها عما لا بد لها منه ، ولحاجته الى الاستمتاع الواجب عليها ، فإذا انتفى الأمران لم يملك حبسها .

( فصل ) ومن ترك الانفاق الواجب لامرأته مدة لم يسقط بذلك وكان دينا

فى ذمته ، سواء تركه لعذر أو غير عـذر فى أظهر الروايتين ، وهذا قول الحسن ومالك والشافعى وإسحاق وابن المنذر ، والرواية الاخرى تسقط نفقتها ما لم يكن الحاكم قد فرضها لها . وهذا مذهب أبى حنيفة لانها نفقة تجب يوما فيوما فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم كنفقة الاقارب ، ولان نفقة الماضى قد استغنى عنها بمضى وقتها فتسقط كنفقة الاقارب .

ولنا أن عمر رضى الله عنه كتب الى أمراء الاجناد فى رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى ، ولانها حق يجب مع اليسار والاعسار فلم يسقط بمضى الزمان كأجرة العقار والديون . قال ابن المنذر : هـذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والاجماع ، ولا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بمثلها ولانها عوض واجب فأشبهت الاجرة ، وفارق نفقة الاقارب فإنها صلة يعتبر فيها اليسار من المنفق والاعسار ممن تجب له وجبت لتزجية الحال فإذا مضى زمنها استغنى عنها فأشبه ما لو استغنى عنها بيساره وهذه بخلاف ذلك، إذا ثبت هذا فإنه إن ترك الانفاق عليها مع يساره فعليه النفقة بكمالها ، وإن تركها لاعساره لم يلزمه إلا نفقة المعسر لان الزائد سقط بإعساره .

( فصل ) ويصح ضمان النفقه ما وجب منها وما يجب فى المستقبل إذا قلنا إنها تثبت فى الذمة . وقال الشافعى: يصح ضمان ما وجب ، وفى ضمان المستقبل وجهان بناء على أن النفقة هل تجب بالعقد أو بالتمكين؟ ومبنى الخلاف على ضمان ما لم يجب إذا كان مآله الى الوجوب فعندنا يصح وعندهم لا يصح وقد ذكرناذلك فى باب الضمان

( فصـل ) وان أعسر بنفقة الخادم أو الادم أو المسكن ثبت ذلك فى ذمته وبهذا قال الشـافعى . وقال القاضى : لا يثبت لانه من الزوائد فلم يثبت فى ذمته كالزائد عن الواجب عليه .

ولنا أنها نفقة تجب على سبيل العوض فتثبت فى الذمة كالنفقة الواجبة للمرأة قوتا ، وفارق الزائد عن نفقة المعسر فانه يسقط بالاعسار .

( فصـل ) وإذا أنفقت المرأة على نفسها من مال زوجها الغائب ثم بان أنه قد مات قبل انفاقها حسب عليها ما أنفقته من ميراثها ، سواء أنفقته بنفسها أو بامر

الحاكم . وبهذا قال أبو العالية ومحمد بن سيرين والشافعي وابن المنذر ولا أعلم عن غيرهم خلافهم ، لأنها أنفقت مالا تستحق ، وان فضل لها شيء فهو لها ، وان فضل عليها شيء وكان لها صداق أو دين على زوجها حسب منه وان لم يكن لها شيء من ذلك كان الفضل ديناً عليها والله أعلم .

(فصل) وان أعسر الزوج بالصداق ففيه ثلاثة أوجه ، أصحها ليس لها الفسخ وهو اختيار ابن حامد . والثاني : لها الفسخ ، وهو اختيار أبي بكر لأنه أعسر بالعوض فكان لها الرجوع في المعوض ، كما لو أعسر بثمن مبيعها ، والثالث : ان أعسر قبل الدخول فلها الفسخ كما لو أفلس المشترى والمبيع بحاله ، وان كان بعد الدخول لم تملك الفسخ لأن المعقود عليه قد استوفى ، فأشبه ما لو أفلس المشترى بعد تلف المبيع أو بعضه .

ولنا : أنه دين فلم يفسخ النكاح للاعسار به كالنفقة الماضية ، ولأن تأخيره ليس فيه ضرر مجحف فأشبه نفقة الخادم والنفقة الماضية ، ولأنه لا نص فيه ولا يصح قياسه على الثمن في المبيع ، لأن الثمن كل مقصود البائع والعادة تعجيله ، والصداق فضلة ونحلة ليس هو المقصود في النكاح ، ولذلك لا يفسد النكاح بفساده ولا بترك ذكره والعادة تأخيره ، ولأن أكثر من يشترى بثمن حال يكون موسراً به ، وليس الأكثر أن من تزوج بمهر يكون موسراً به ، ولا يصح قياسه على النفقة لأن الضرورة لا تندفع إلا بها بخلاف الصداق فأشبه شيء به النفقة الماضية وللشافعي نحو هذه الوجوه ، واذا قلنا لها الفسخ للاعسار به فتزوجته عالمة بعسرته فلا خيار لها وجها واحداً لأنها رضيت به كذلك ، وكذلك ان علمت عسرته بعد العقد فرضيت بالمقام سقط حقها من الفسخ لأنها رضيت باسقاط حقها بعد وجوبه فسقط كما لو رضيت بعيبه .

(فصل) ونفقة الأمة المزوجة حق لها ولسيدها لأن كل واحد منهما ينتفع بها ولكل واحد منهما طلبها إن امتنع الزوج من أدائها ولا يملك واحد منهما إسقاطها لأن في سقوطها باسقاط أحدهما ضرراً بالآخر ، وان أعسر الزوج بها فلها الفسخ لأنه عجز عن نفقتها فملكت الفسخ كالحرة ، وان لم تفسخ : فقال القاضي لسيدها الفسخ لأن عليه ضرراً في عدمها لما يتعلق بفواتها من فوات ملكه وتلفه ، فإن

أنفق عليها سيدها محتسباً بالرجوع فله الرجوع بها على الزوج رضيت بذلك أو كرهت لأن الدين خالص حقه لا حق لها فيه ، وانما تعلق حقها بالنفقة الحاضرة لوجوب صرفها اليها وقوام بدنها بها بخلاف الماضية .

وقال أبو الخطاب وأصحاب الشافعي ليس لسيدها الفسخ لعسرة زوجها بالنفقة لأنها حق لها فلم يملك سيدها الفسخ دونها كالفسخ للعيب فإن كانت معتوهة أنفق المولى وتكون النفقة دينا فى ذمة الزوج وان كانت عاقلة قال لها السيد ان أردت النفقة فافسخي النكاح وإلا فلا نفقة لك عندى .

( فصــــل )

وان اختلف الزوجان فى الانفاق عليها أو فى تقبيضها نفقتها فالقول قول المرأة لأنها منكرة والأصل معها ، وان اختلفا فى التمكين الموجب للنفقة أو فى وقته فقالت كان ذلك من شهر فقال بل من يوم فالقول قوله لأنه منكر والأصل معه وان اختلفا فى يساره فادعته المرأة أو الزوج ليفرض لها نفقة الموسرين أو قالت كنت موسراً وأنكر ذلك ، فإن عرف له مال فالقول قولها وإلا فالقول قوله ، وبهذا كله قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأى .

وإن اختلفا فى فرض الحاكم للنفقة أو فى وقتها فقال فرضها منذ شهر فقالت بل منذ عام فالقول قوله ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأى ، وقال مالك : ان كان مقيما معها فالقول قوله ، وان كان غائبا عنها فالقول قول المرأة من يوم رفعت أمرها الى الحاكم .

ولنا أن قوله يوافق الاصل فقدم كما لو كان مقيما معها وكل من قلنا القول قوله فلخصمه عليه اليمين لأنها دعاو فى المال فأشبهت دعوى الدين ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ولكن اليمين على المدعى عليه » وان دفع الزوج الى امرأته نفقة وكسوة أو بعث به اليها فقالت إنما فعلت ذلك تبرعا وهبة وقال بل وفاء للواجب علي فالقول قوله لأنه أعلم بنيته أشبه ما لو قضى دينه واختلف هو وغريمه فى نيته وان طلق امرأته وكانت حاملا فوضعت فقال طلقتك حاملا فانقضت عدتك بوضع الحمل وانقطعت نفقتك ورجعتك . وقالت بل بعد الوضع فلى النفقة ولك الرجعة فالقول قولها لأن الأصل بقاء النفقة وعدم المسقط لها وعليها العدة

ولا رجعة للزوج لإقراره بعدمها ، وإن رجع فصدقها فله الرجعة لأنها مقرة له بها وان قال طلقتك بعد الوضع فلي الرجعة ولك النفقة وقالت بل وأنا حامل فالقول قوله لأن الأصل بقاء الرجعة ولا نفقة لها ولا عدة عليها لأنها حق الله تعالى فالقول قولها فيها وان عاد فصدقها سقطت رجعته ووجبت لها النفقة، هذا في ظاهر الحكم ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبني على مايعلمه من حقيقة الأمر دون ماقاله

## فصل

وان طلق الرجل امرأته فادعت أنها حامل لتكون لها النفقة أنفق عليها ثلاثة أشهر ثم ترى القوابل بعد ذلك لأن الحمل يبين بعد ثلاثة أشهر إلا أن تظهر براءتها من الحمل بالحيض أو بغيره فتنقطع نفقتها كما تنقطع إذا قال القوابل ليست حاملا ويرجع عليها بما أنفق لأنها أخذت منه ما لا تستحقه فرجع عليها كما لو ادعت عليه ديناً وأخذته منه ثم تبين كذبها .

وعن أحمد رواية أخرى لا يرجع عليها لأنه أنفق عليها بحكم آثار النكاح فلم يرجع به كالنفقة في النكاح الفاسد إذا تبين فساده ، وان علمت براءتها من الحمل بالحيض فكتمته فينبغي أن يرجع عليها قولا واحداً لأنها أخذت النفقة مع علمها ببراءتها كما لو أخذتها من ماله بغير علمه .

وان ادعت الرجعية الحمل فأنفق عليها أكثر من مدة عدتها رجع عليها بالزيادة ويرجع في مدة العدة اليها لأنها أعلم بها فالقول قولها فيها مع يمينها ، فإن قالت قد ارتفع حيضي ولم أدر ما رفعه فعدتها سنة إن كانت حرة .

وان قالت قد انقضت بثلاثة قروء وذكرت آخرها فلها النفقة الى ذلك ويرجع عليها بالزائد ، وان قالت لا أدري متى آخرها رجعنا الى عادتها فحسبنا لها بها . وان قالت عادتي تختلف فتطول وتقصر انقضت العدة بالاقصر لانه اليقين وان قالت عادتي تختلف ولا أعلم رددناها الى غالب عادات النساء في كل شهر قرء لانا رددنا المتحيرة الى ذلك في أحكامها فكذلك هذه . وإن بان أنها حامل من غيره مثل أن تلده بعد أربع سنين فلا نفقة عليه لمدة حملها لأنه من غيره ، وان كانت رجعية فلها النفقة في مدة عدتها فإن كانت انقضت قبل حملها فلها النفقة

إلى انقضائها ، وان حملت فى أثناء عدتها فلها النفقة الى الوطء الذى حملت ثم لا نفقة لها حتى تضع حملها ثم تكون لها النفقة فى تمام عدتها ، وان وطئها زوجها فى العدة الرجعية حصلت الرجعة .

وان قلنا لا تحصل فالنسب لاحق به وعليه النفقة لمدة حملها ، وان وطئها بعد انقضاء عدتها أو وطىء البائن عالماً بذلك وبتحريمه فهو زنا لا يلحقه نسب الولد ولا نفقة عليه من أجله ، وان جهل بينونتها أو انقضاء عدة الرجعية أو تحريم ذلك وهو ممن يجهله لحقه نسبه ، وفى وجوب النفقة عليه روايتان .

« مسألة » قال ( ويجبر الرجل على نفقة والديه وولده الذكور والإناث إذا كانوا فقراء وكان له ما ينفق عليهم )

الأصل فى وجوب نفقة الوالدين والمولودين الكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى ( فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ) أوجب أجر رضاع الولد على أبيه ، وقال سبحانه ( وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ) وقال سبحانه ( وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا ) ومن الإحسان الانفاق عليهما عند حاجتهما ، ومن السنة قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه .

وروت عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه » رواه أبو داود ، وأما الاجماع فحكى ابن المنذر قال أجمع أهل العلم على أن نفقة الوالدين الفقيرين اللذين لا كسب لهما ولا مال واجبة فى مال الولد وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم ، ولأن ولد الانسان بعضه وهو بعض والده فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله كذلك على بعضه وأصله .

إذا ثبت هذا : فإن الأم تجب نفقتها ويجب عليها أن تنفق على ولدها إذا لم يكن له أب ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وحكى عن مالك أنه لا نفقة عليها ولا لها لانها ليست عصبة لولدها .

ولنا قوله سبحانه ( وبالوالدين إحسانا ) وقال النبي صلى الله عليه وسلم لرجل

سأله من أبر ؟ قال « أمك ثم أمك ثم أمك ثم أباك ثم الاقرب فالأقرب » رواه أبو داود ، ولأنها أحد الوالدين فأشبهت الاب ، ولأن بينهما قرابة توجب رد الشهادة ووجوب العتق فأشبهت الاب ، فإن أعسر الاب وجبت النفقة على الام ولم ترجع بها عليه ان أيسر ، وقال أبو يوسف ومحمد ترجع عليه .

ولنا . أن من وجب عليه الانفاق بالقرابة لم يرجع به كالاب .

( فصل ) ويجب الانفاق على الاجداد والجدات وان علوا وولد الولد وان سفلوا وبذلك قال الشافعي والثوري وأصحاب الرأي ، وقال مالك لا تجب النفقة عليهم ولا لهم لأن الجد ليس بأب حقيق .

ولنا قوله سبحانه ( وعلى الوارث مثل ذلك ) ولانه يدخل في مطلق اسم الولد والوالد بدليل أن الله تعالى قال ( يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين ) فيدخل فيهم ولد البنين وقال ( ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد ) وقال ( ملة أبيكم إبراهيم ) ولأن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأشبه الولد والوالد القريبين .

( فصـــل )

ويشترط لوجوب الانفاق ثلاثة شروط .

أحدها : أن يكونوا فقراء لا مال لهم ولا كسب يستغنون به عن انفاق غيرهم فإن كانوا موسرين بمال أو كسب يستغنون به فلا نفقة لهم لأنها تجب على سبيل المواساة والموسر مستغن عن المواساة .

الثاني أن تكون لمن تجب عليه النفقة ما ينفق عليهم فاضلا عن نفقة نفسه اما من ماله وإما من كسبه ، فأما من لا يفضل عنه شيء فليس عليه شيء لما روى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه فإن فضل فعلى عياله ، فإن كان فضل فعلى قرابته » وفي لفظ « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » حديث صحيح .

وروى أبو هريرة « أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله عندي دينار قال : تصدق به على نفسك . قال عندي آخر قال : تصدق به على ولدك . قال عندي آخر قال : تصدق به على زوجك . قال عندي آخر قال :

نصدق به على خادمك . قال عندى آخر قال : أنت أبصر » رواه أبو داود ، ولانها مواساة فلا تجب على المحتاج كالزكاة .

الثالث : أن يكون المنفق وارثاً لقول الله تعالى « وعلى الوارث مثل ذلك » ولان بين المتوارثين قرابة تقتضى كون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس ، فينبغى أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم ، فإن لم يكن وارثا لعدم القرابة لم تجب عليه النفقة لذلك ، وان امتنع الميراث مع وجود القرابة لم يخل من ثلاثة أقسام .

أحدها : أن يكون أحدهما رقيقا فلا نفقة لأحدهما على صاحبه بغير خلاف لانه لاولاية بينهما ولا ارث فأشبه الأجنبيين ، ولأن العبد لا مال له فتجب عليه النفقة وكسبه لسيده ونفقته على سيده فيستغنى بها عن نفقة غيره .

الثانى أن يكون دينهما مختلفا فلا نفقة لاحدهما على صاحبه ، وذكر القاضى فى عمودى النسب روايتين :

احداهما : تجب النفقة مع اختلاف الدين ، وهو مذهب الشافعى لأنها نفقة تجب مع اختلاف الدين فتجب مع اختلافه كنفقة الزوجة والمملوكة ، ولانه يعتق على قريبه فيجب عليه الانفاق عليه كما لو اتفق دينهما

والثانية أنها مواساة على سبيل البر والصلة فلم تجب مع اختلاف الدين كنفقة غير عمودى النسب ولانهما غير متوارثين فلم يجب لاحدهما على الآخر نفقته بالقرابة كما لو كان أحدهما رقيقا ، وتفارق نفقة الزوجات لانها عوض يجب مع الاعسار فلم ينافيها اختلاف الدين كالصداق والاجرة ، وكذلك تجب مع الرق فيهما أو فى أحدهما . وكذلك نفقة المماليك والعتق عليه يبطل بسائر ذوى الرحم المحرم فإنهم يعتقون مع اختلاف الدين ولا نفقة لهم معه ، ولان هذه صلة ومواساة فلا تجب مع اختلاف الدين كأداء زكاته اليه وعقله عنه وإرثه منه .

الثالث : أن يكون القريب محجوبا عن الميراث بمن هو أقرب منه ، فينظر فإن كان الاقرب موسراً فالنفقة عليه ولا شىء على المحجوب به لان الاقرب أولى بالميراث منه فيكون أولى بالانفاق ، وان كان الاقرب معسراً وكان من ينفق عليه

من عمودى النسب وجبت نفقته على الموسر ، وذكر القاضى فى أب معسر وجد موسر أن النفقة على الجد . وقال فى أم معسرة وجدة موسرة النفقة على الجدة . وقد قال أحمد : لا يدفع الزكاة الى ولد ابنته لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ان ابنى هـذا سيد » فسماه ابنه وهو ابن ابنته ، واذا منع من دفع الزكاة اليهم لقرابتهم يجب أن تلزمه نفقتهم عند حاجتهم . وهذا مذهب الشافعى

وان كان من غير عمودى النسب لم تجب النفقة عليه اذا كان محجوبا .

قال القاضى وأبو الخطاب فى ابن فقير وأخ موسر : لا نفقة عليهما ، لأن الابن لا نفقة عليه لعسرته ، والاخ لا نفقة عليه لعدم ارثه ، ولان قرابته ضعيفة لا تمنع شهادته له ، فاذا لم يكن وارثا لم تجب عليه النفقة كذوى الرحم ويتخرج فى كل وارث لولا الحجب اذا كان من يحجبه معسراً وجهان .

أحدهما : لا نفقة عليه لانه ليس بوارث أشبه الاجنبي . والثانى عليه النفقة لوجود القرابة المقتضية للإرث والانفاق ، والمانع من الارث لا يمنع من الانفاق لانه معسر لا يمكنه الانفاق فوجوده بالنسبة الى الانفاق كعدمه

( فصـــل )

فأما ذوو الارحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب ، فان كانوا من غير عمودى النسب فلا نفقة عليهم ، نص عليه أحمد فقال : الخالة والعمة لا نفقة عليهما قال القاضى : لا نفقة لهم رواية واحدة ، وذلك لان قرابتهم ضعيفة وانما يأخذون ماله عند عدم الوارث فهم كسائر المسلمين ، فان المال يصرف اليهم اذا لم يكن للميت وارث ، وذلك الذى يأخذه بيت المال ، ولذلك يقدم الرد عليهم . وقال أبو الخطاب : يخرج فيهم رواية أخرى : أن النفقة تلزمهم عند عدم العصبات وذوى الفروض لأنهم وارثون فى تلك الحال . قال ابن أبى موسى : هذا يتوجه على معنى قوله والاول هو المنصوص عنه .

فأما عمود النسب فذكر القاضى ما يدل على أنه يجب الانفاق عليهم ، سواء كانوا من ذوى الارحام كأب الأم وابن البنت أو من غيرهم ، وسواء كانوا محجوبين أو وارثين ، وهـذا مذهب الشافعى . وذلك لان قرابتهم قرابة جزئية وبعضية وتقتضى رد الشهادة وتمنع جريان القصاص على الوالد بقتل الولد

وإن سفل ، فأوجبت النفقة على كل حال ، كقرابة الاب الأدنى .

( فصل ) ولا يشترط فى وجوب نفقه الوالدين والمولودين نقص الخلقة ولا نقص الأحكام فى ظاهر المذهب ، وظاهر كلام الخرقى ، فإنه أوجب نفقتهم مطلقا إذا كانوا فقراء وله ما ينفق عليهم .

وقال القاضى : لا يشترط فى الوالدين وهل يشترط ذلك فى الولد ؟ فكلام أحمد يقتضى روايتين . إحداهما تلزمه نفقته لأنه فقير . والثانية إن كان يكتسب فينفق على نفسه لم تلزم نفقته ؛ وهذا القول يرجع إلى أن الذى لا يقدر على كسب ما يقوم به تلزم نفقته رواية واحدة ، سواء كان ناقص الأحكام كالصغير والمجنون أو ناقص الخلقة كالزمن ، وإنما الروايتان فيمن لا حرفة له ممن يقدر على الكسب ببدنه . وقال الشافعى : يشترط نقصانه إما من طريق الحكم أو من طريق الخلقة . وقال أبو حنيفة : ينفق على الغلام حتى يبلغ ، فإذا بلغ صحيحا انقطعت نفقته ، ولا تسقط نفقة الجارية حتى تتزوج ، ونحوه قال مالك إلا أنه قال ينفق على النساء حتى يتزوجن ويدخل بهن الأزواج ، ثم لا نفقة لهن وإن طلقن ، ولو طلقن قبل البناء بهن فهن على نفقتهن .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم لهند « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » لم يستثن منهم بالغا ولا صحيحا ، ولأنه والد أو ولد فقير فاستحق النفقة على والده أو ولده الغنى كما لو كان زمنا أو مكفوفا ؛ فأما الوالد فإن أبا حنيفة وافقنا على وجوب نفقته صحيحا اذا لم يكن ذا كسب ، وللشافعى فى ذلك قولان . ولنا أنه والد محتاج فأشبه الزمن .

( فصل ) ومن كان له أب من أهل الانفاق لم تجب نفقته على سواه ، لأن الله تعالى قال ( فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ) وقال ( وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ) وقال النبى صلى الله عليه وسلم لهند « خذى مايكفيك وولدك بالمعروف » فجعل النفقة على أبيهم دونها . ولا خلاف فى هذا نعلمه ، الا أن لأصحاب الشافعى فيما اذا اجتمع للفقير أب وابن موسران وجهين . أحدهما أن النفقة على الأب وحده . والثانى عليهما جميعا لتساويهما فى القرب

ولنا أن النفقة على الأب منصوص عليها فيجب اتباع النص وترك ما عداه .

( فصـــل ) ويلزم الرجل اعفاف ابنه اذا احتاج الى النكاح ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى ، ولهم فى اعفاف الاب الصحيح وجه آخر : انه لا يجب ، وقال أبو حنيفة : لا يلزم الرجل اعفاف أبيه ، سواء وجبت نفقته أو لم تجب لأن ذلك من أعظم الملاذ فلم تجب للأب كالحلواء ولانه أحد الأبوين فلم يجب ذلك له كالام

ولنا أن ذلك مما تدعو حاجته اليه ويستضر بفقده فلزم ابنه له كالنفقة ، ولا يشبه الحلواء لانه لا يستضر بفقدها ، وانما يشبه الطعام والادم ، وأما الام فانما اعفافها بتزويجها اذا طلبت ذلك وخطبها كفؤها ، ونحن نقول بوجوب ذلك عليه وهم يوافقوننا فى ذلك

اذا ثبت هذا فانه يجب اعفاف من لزمت نفقته من الآباء والاجداد ، فان اجتمع جدان ولم يمكن الا اعفاف أحدهما قدم الاقرب . الا أن يكون أحدهما من جهة الاب والآخر من جهة الام ، فيقدم الذى من جهة الاب وان بعد لأنه عصبة ، والشرع قد اعتبر جهته فى التوريث والتعصيب فكذلك فى الانفاق والاستحقاق

( فصل ) واذا وجب عليه اعفاف أبيه فهو مخير ان شاء زوجه حرة وان شاء ملكه أمة أو دفع اليه ما يتزوج به حرة أو يشترى به أمة . وليس للأب التخيير عليه الا أن الاب اذا عين امرأة وعين الابن أخرى وصداقهما واحد قدم تعيين الاب لان النكاح له والمؤنة واحدة فقدم قوله كما لو عينت البنت كفؤا وعين الاب كفؤا يقدم تعيينها ، وان اختلفا فى الصداق لم يلزم الابن الاكثر ، لانه انما يلزم أقل ما تحصل به الكفاية ، ولكن ليس له أن يزوجه أو يملكه قبيحة أو كبيرة لا استمتاع فيها ، وليس له أن يزوجه أمة لان فيه ضررا عليه ، وهو ارقاق ولده والنقص فى استمتاعه ، وان رضى الاب بذلك لم يجز لان الضرر يلحق بغيره وهو الولد ولذلك لم يكن للموسر أن يتزوج أمة ، واذا زوجه زوجة أو ملكه أمة فعليه نفقته ونفقتها ، ومتى أيسر الاب لم يكن للولد استرجاع مادفعه اليه ولاعوض ما زوجه به لأنه دفعه اليه فى حال وجوبه عليه فلم يملك استرجاعه كالزكاة ، وان زوجه أو ملكه أمة فطلق الزوجة أو أعتق الامة لم يكن عليه أن يزوجه أو يملكه ثانيا لأنه فوت ذلك على نفســـه ، وان ماتتا فعليه اعفافه ثانيا لانه لا صنع له فى ذلك

( فصل ) قال أصحابنا : وعلى الأب إعفاف ابنه إذا كانت عليه نفقته وكان محتاجا إلى إعفافه، وهو قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم لا يجب ذلك عليه ولنا أنه من عمودى نسبه وتلزمه نفقته فيلزمه إعفافه عند حاجته إليه كأبيه . قال القاضي : وكذلك يجيء فى كل من لزمته نفقته من أخ وعم أو غيرهم لأن أحمد قد نص فى العبد يلزمه أن يزوجه إذا طلب ذلك وإلا بيع عليه ، وكل من لزمه إعفافه لزمته نفقة زوجته لانه لا يتمكن من الإعفاف إلا بذلك ، وقد روى عن أحمد أنه لا يلزم الاب نفقة زوجة الابن ، وهذا محمول على أن الابن كان يجد نفقتها .

« مسألة » قال ( وكذلك الصبي إذا لم يكن له أب أجبر وارثه على نفقته على قدر ميراثهم منه )

ظاهر المذهب أن النفقة تجب على كل وارث لموروثه إذا اجتمعت الشروط التى تقدم ذكرنا لها ، وبه قال الحسن ومجاهد والنخعي وقتادة والحسن بن صالح وابن أبى ليلى وأبو ثور .

وحكى ابن المنذر عن أحمد فى الصبي المرضع لا أب له ولا جد : نفقته وأجر رضاعه على الرجال دون النساء ، وكذلك روى بكر بن محمد عن أبيه عن أحمد : النفقة على العصبات ، وبه قال الاوزاعي وإسحاق ، وذلك لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى على بنى عم منفوس بنفقته احتج به أحمد ، قال ابن المنذر روى عن عمر أنه حبس عصبة ينفقون على صبي ، الرجال دون النساء ، ولانها مواساة ومعونة تختص القرابة فاختصت بالعصبات كالعقل .

وقال أصحاب الرأى : تجب النفقة على كل ذى رحم محرم ولا تجب على غيرهم لقول الله تعالى ( وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله )

وقال مالك والشافعي وابن المنذر : لا نفقة إلا على المولودين والوالدين ، لان النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل سأله عندى دينار ؟ قال « أنفقه على نفسك . قال عندى آخر؟ قال أنفقه على أهلك . قال عندى آخر؟ قال أنفقه على خادمك . قال عندى آخر ؟ قال أنت أعلم به » ولم يأمره بإنفاقه على غير هؤلاء ، ولان الشرع

إنما ورد بنفقة الوالدين والمولودين، ومن سواهم لا يلحق بهم فى الولادة وأحكامها فلا يصح قياسه عليهم .

ولنا قول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف - ثم قال - وعلى الوارث مثل ذلك) فأوجب على الأب نفقة الرضاع ، ثم عطف الوارث عليه فأوجب على الوارث مثل ما أوجب على الوالد .

وروى أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم « من أبر ؟ قال أمك وأباك وأختك وأخاك » وفى لفظ « ومولاك الذى هو أدناك حقا واجبا ورحما موصولا » رواه أبو داود . وهذا نص لأن النبي صلى الله عليه وسلم ألزمه الصلة والبر ، والنفقة من الصلة جعلها حقا واجبا

وما احتج به أبو حنيفة حجة عليه فإن اللفظ عام فى كل ذى رحم فيكون حجة عليه فيمن عدا ذا الرحم المحرم وقد اختصت بالوارث فى الإرث فكذلك فى الانفاق

وأما خبر أصحاب الشافعي فقضية فى عين يحتمل أنه لم يكن له غير من أمر بالانفاق عليه ، ولهذا لم يذكر الوالد والأجداد وأولاد الأولاد

وقولهم: لا يصح القياس قلنا: إنما أثبتناه بالنص ثم أنهم قد ألحقوا أولاد الأولاد بالأولاد مع التفاوت فبطل ما قالوه . إذا ثبت هذا ، فإنه يختص بالوارث بفرض أو تعصيب لعموم الآية ، ولا يتناول ذوى الأرحام على ما مضى بيانه ، فإن كان اثنان يرث أحدهما الآخر ولا يرثه الآخر ، كالرجل مع عمته أو ابنة عمه وابنة أخيه والمرأة مع ابنة بنتها وابن بنتها فالنفقة على الوارث دون الموروث . نص عليه أحمد فى رواية ابن زياد ، فقال يلزم الرجل نفقة عمته ولا يلزمه نفقة بنت أخته ، وذكر أصحابنا رواية أخرى : لا تجب النفقة على الوارث ههنا لقول أحمد العمة والخالة لا نفقة لهما ، إلا أن القاضى قال : هذه الرواية محمولة على العمة من الأم فإنه لا يرثها لكونه ابن أخيها من أمها ، وقد ذكر الخرقى أن على الرجل نفقة معتقه لأنه وارثه . ومعلوم أن المعتق لا يرث معتقه ولا تلزمه نفقته فعلى هذا يلزم الرجل نفقة عمته لأبويه أو لأبيه وابنة عمه وابنة أخته كذلك ولا يلزمهن نفقته وهذا هو الصحيح إن شاء الله لقول الله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) وكل واحد من هؤلاء وارث .

« مسـألة » قال ﴿ فان كان للصبي أم وجد فعلى الام ثلث النفقة وعلى الجد ثلثا النفقة ﴾

وجملته أنه اذا لم يكن للصبي أب فالنفقة على وارثه ، فان كان له وارثان فالنفقة عليهما على قدر ارثهما منه ، وإن كانوا ثلاثة أو أكثر فالنفقة بينهم على قدر ارثهم منه ، فاذا كان له أم وجد فعلى الام الثلث والباقي على الجد لأنهما يرثانه كذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي النفقة كلها على الجد لانه ينفرد بالتعصيب فأشبه الاب ، وقد ذكرنا رواية أخرى عن أحمد : أن النفقة على العصبات خاصة .

ولنا قول الله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك ) والام وارثة فكان عليها بالنص ولانه معنى يستحق بالنسب فلم يختص به الجد دون الام كالوراثة

( فصـل ) وان اجتمع ابن وبنت فالنفقة بينهما أثلاثا كالميراث ، وقال أبو حنيفة : النفقة عليهما سواء لانهما سواء في القرب ، وان كان أم وابن فعلى الام السدس والباقي على الإبن ، وان كانت بنت وابن ابن فالنفقه بينهما نصفين ، وقال أبو حنيفة : النفقة على البنت لانها أقرب ، وقال الشافعي : في هذه المسائل الثلاث ، النفقة على الإبن لانه العصبة ، وان كانت له أم وبنت فالنفقة بينهما أرباعا لانهما يرثانه كذلك ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : النفقة على البنت لأنها تكون عصبة مع أخيها ، وان كانت له بنت وابن بنت فالنفقة على البنت ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : النفقة على ابن البنت لانه ذكر .

ولنا قول الله تعالى ( وعلى الوارث مثل ذلك فرتب النفقة على الارث ، فيجب أن تترتب في المقدار عليه ، وايجابها على ابن البنت بخلاف النص والمعنى فانه ليس بعصبة ولا وارث فلا معنى لايجابها عليه دون البنت الوارثه

« مسألة » قال ﴿ فان كانت جدة وأخا ، فعلى الجدة سدس النفقه والباقي على الاخ ، وعلى هذا المعنى حساب النفقات ﴾

يعني أن ترتيب النفقات على ترتيب الميراث ، فكما أن للجدة هٰهنا سدس الميراث فعليها سدس النفقة ، وكما أن الباقي للأخ فكذلك الباقي من النفقه عليه ،

وعند من لا يرى النفقة على غير عمودي النسب يجعل النفقة كلها على الجدة ، وهذا أصل قد سبق الكلام فيه ، فإن اجتمع بنت وأخت أو بنت وأخ أو بنت وعصبة أو أخت وعصبة أو أخت وأم أو بنت وبنت ابن أو أخت لأبوين وأخت لأب أو ثلاث أخوات متفرقات فالنفقة بينهم على قدر الميراث فى ذلك سواء كان فى المسألة رد أو عول أو لم يكن وعلى هذا تحسب ما أتاك من المسائل ، وان اجتمع أم أم وأم أب فهما سواء فى النفقة لاستوائهما فى الميراث .

( فصل ) فإن اجتمع أبوا أم فالنفقة على أم الأم لأنها الوارثة ، وان اجتمع أبوا أب فعلى أم الأب السدس والباقى على الجد ، وان اجتمع جد وأخ فهما سواء وان اجتمعت أم وأخ وجد فالنفقة بينهم أثلاثا ، وقال الشافعى النفقة على الجد فى هذه المسائل كلها إلا المسألة الاولى فالنفقة عليهما بالسوية ، وقد مضى الكلام على أصل هذا فيما تقدم .

( فصـــل )

فإن كان فيمن عليه النفقة خنثى مشكل فالنفقة عليه بقدر ميراثه ، فإن انكشف بعد ذلك حاله فبان أنه أنفق أكثر من الواجب عليه رجع بالزيادة على شريكه فى الانفاق ، وان بان أنه أنفق أقل رجع عليه ، فلو كان للرجل ابن وولد خنثى عليهما نفقته فأنفقا عليه ثم بان أن الخنثى ابن رجع عليه أخوه بالزيادة ، وان بان بنتاً رجعت على أخيها بفضل نفقتها لأن من له الفضل أدى ما لا يجب عليه أداؤه معتقداً وجوبه ، فاذا تبين خلافه رجع بذلك كما لو أدى ما يعتقده ديناً فبان بخلافه .

(فصل ) فان كان له قرابتان موسران وأحدهما محجوب عن ميراثه بفقير فقد ذكرنا أنه ان كان المحجوب من عمودى النسب فالظاهر أن الحجب لا يسقط النفقة عنه ، وان كان من غيرهما فلا نفقة عليه ، فعلى هذا إذا كان له أبوان وجد والأب معسر كان الأب كالمعدوم فيكون على الام ثلث النفقة والباقى على الجد وان كان معهم زوجة فكذلك .

وان قلنا : لا نفقة على المحجوب فليس على الام ههنا إلا ربع النفقة ولا شىء على الجد ، وان كان أبوان وأخوان وجد والأب معسر فلا شىء على الأخوين

لأنهما محجوبان وليسا من عمودى النسب ويكون على الام الثلث والباقى على الجد كما لو لم يكن أحد غيرهما ، ويحتمل أن لا يجب على الام إلا السدس لأنه لو كان الاب معدوما لم ترث إلا السدس .

وان قلنا : إن كل محجوب لا نفقة عليه ، فليس على الام إلا السدس ولا شيء على غيرها ، وان لم يكن فى المسألة جد فالنفقة كلها على الأم على القول الأول ، وعلى الثانى ليس عليها إلا السدس .

وان قلنا : ان على المحجوب بالمعسر النفقة وان كان من غير عمودى النسب فعلى الام السدس والباقى على الجد والأخوين أثلاثا كما يرثون إذا كان الأب معدوما وان كان بعض من عليه النفقة غائباً وله مال حاضر أنفق الحاكم منه حصته وان لم يوجد له مال حاضر فأمكن الحاكم الاقتراض عليه اقترض فاذا قدم فعليه وفاؤه

( فصل ) ومن لم يفضل عن قوته إلا نفقة شخص وله امرأة فالنفقة لها دون الاقارب لقول النبي صلى الله عليه وسلم ، فى حديث جابر « إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه ، فان كان له فضل فعلى عياله ، فان كان له فضل فعلى قرابته » ولان نفقة القريب مواساة ونفقة المرأة تجب على سبيل المعاوضة ، فقدمت على مجرد المواساة ولذلك وجبت مع يسارهما وإعسارهما .

ونفقة القريب بخلاف ذلك ، ولأن نفقة الزوجة تجب لحاجته فقدمت على نفقة القرابة كنفقة نفسه ، ثم من بعدها نفقة الرقيق لانها تجب مع اليسار والاعسار فقدمت على مجرد المواساة ، ثم من بعد ذلك الاقرب فالاقرب ، فان اجتمع أب وجد وابن وابن ابن قدم الاب على الجد والابن على ابنه ، وقال اصحاب الشافعى فى احد الوجهين : يستوى الاب والجد والابن وابنه لتساويهم فى الولادة والتعصيب

ولنا ان الأب والابن اقرب واحق بميراثه فكانا احق كالاب مع الأخ ، وان اجتمع ابن وجد او اب وابن ابن احتمل وجهين :

احدهما : تقديم الابن والاب لانهما اقرب فانهما يليانه بغير واسطة ولا يسقط إرثهما بحال ، والجد وابن الابن بخلافهما ، ويحتمل التسوية بينهما لأنهما سواء فى الارث والتعصيب والولادة ؛ وإن اجتمع جد وابن ابن فهما سواء لتساويهما

فى القرب والارث والولادة والتعصيب ، ويحتمل فيهما مايحتمل فى الأب والابن على ما سنذكره .

( فصل ) وان اجتمع أب وابن فقال القاضى ان كان الابن صغيراً أو مجنوناً قدم لأن نفقته وجبت بالنص مع أنه عاجز عن الكسب ، والأب قد يقدر عليه وان كان الابن كبيراً والأب زمن فهو أحق لأن حرمته آكد وحاجته أشد ، ويحتمل تقديم الابن لأن نفقته وجبت بالنص ، وان كانا صحيحين فقيرين ففيهما ثلاثة أوجه .

أحدها . التسوية بينهما لتساويهما فى القرب وتقابل مرتبتهما . والثانى : تقديم الابن لوجوب نفقته بالنص . والثالث : تقديم الأب لتأكد حرمته ، وان اجتمع أبوان ، ففيهما الوجوه الثلاثة .

أحدها : التسويه لما ذكرنا .

والثانى : تقديم الأم لأنها أحق بالبر ولها فضيلة الحمل والرضاع والتربية وزيادة الشفقة وهى أضعف وأعجز .

والثالث : تقديم الاب لفضيله وانفراده بالولاية على ولده واستحقاق الاخذ من ماله وإضافة النبى صلى الله عليه وسلم الولد وماله اليه بقوله « أنت ومالك لابيك » والاول أولى ، وان اجتمع جد وأخ احتمل التسوية بينهما لاستوائهما فى استحقاق ميراثه والصحيح أن الجد أحق لأن له مزية الولادة والابوة ولأن ابن ابنه يرثه ميراث ابن ويرث الاخ ميراث أخ وميراث الابن آكد فالنفقة الواجبة به تكون آكد ، وان كان مكان الاخ ابن أخ أو عم فالجد أولى بكل حال .

( فصل ) والواجب فى نفقة القريب قدر الكفاية من الخبز والادم والكسوة بقدر العادة على ما ذكرناه فى الزوجة لأنها وجبت للحاجة فتقدرت بما تندفع به الحاجة ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم لهند « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » فقدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية ، فإن احتاج الى خادم فعليه إخدامه كما قلنا فى الزوجة لأن ذلك من تمام كفايته .

« مسألة » قال ( وعلى المعتق نفقة معتقه إذا كان فقيراً لانه وارثه )

هذا مبنى على الأصل الذى تقدم وأن النفقة تجب على الوارث ، والمعتق وارث عتيقه فتجب عليه نفقته إذا كان فقيراً ولمولاه يسار ينفق عليه منه ، وقال مالك والشافعى وأصحاب الرأى لا تجب عليه نفقته بناء على أصولهم التى ذكرناها .

ولنا قول الله تعالى ( وعلى الوارث مثل ذلك وقال النبى صلى الله عليه وسلم « أمك وأباك ، وأختك وأخاك ، ثم أدناك أدناك ، ومولاك الذى يلى ذاك ، حقاً واجباً ورحماً موصولا » ولأنه يرثه بالتعصيب فكانت عليه نفقته كالأب ، ويشترط فى وجوب الانفاق عليه الشروط المذكورة فى غيره .

( فصل ) فإن مات مولاه فالنفقة على الوارث من عصباته على ما بين فى باب الولاء . ويجب على السيد نفقة أولاد عتيقه إذا كان له عليهم ولاء لأنه عصبتهم ووارثهم ، وعليه نفقة أولاد معتقه إذا كان أبوهم عبداً كذلك ، فإن أعتق أبوهم فانجر الولاء الى معتقه صار ولاؤه لمعتق أبيهم ونفقتهم عليه إذا كملت الشروط ، وليس على المعتق نفقة معتقه إذا كان فقيراً لانه لا يرثه ، فإن كان كل واحد منهما مولى صاحبه مثل أن يعتق الحربى عبداً ثم يسبى العبد سيده فيعتقه فعلى كل واحد منهما نفقة الآخر لانه يرثه .

« مسألة » قال ( وإذا زوجت الأمة لزم زوجها أو سيده ان كان مملوكا نفقتها )

وجملته أن زوج الامة لايخلو إما أن يكون حرا أو عبداً أو بعضه حر وبعضه عبد فإن كان حراً فنفقتها عليه للنص واتفاق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن البالغين والامة داخلة فى عمومهن ، ولأنها زوجة ممكنة من نفسها فوجب على زوجها نفقتها كالحرة ، وان كان زوجها مملوكا فالنفقة واجبة لزوجته لذلك ، قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن على العبد نفقة زوجته ، هذا قول الشعبي والحكم والشافعى ، وبه قال أصحاب الرأى إذا بوأها بيتاً .

وحكى عن مالك أنه قال : ليس عليه نفقتها لأن النفقة مواساة وليس هو من أهلها ولذلك لا تجب عليه نفقة أقاربه ولا زكاة ماله .

ولنا : أنها عوض واجب فى النكاح فوجبت على العبد كالمهر ، والدليل على

أنها عوض أنها تجب فى مقابلة التمكين ، ولهذا تسقط عن الحر بفوات التمكين وفارق نفقة الاقارب ، إذا ثبت وجوبها على العبد فإنها تلزم سيده لان السيد أذن له فى النكاح المفضى الى إيجابها .

وقال ابن أبي موسى فيه رواية أخرى : أنها تجب فى كسب العبد وهو قول أصحاب الشافعى لانه لم يمكن إيجابها فى ذمته ولا رقبته ولا ذمة سيده ولا إسقاطها فلم يبق إلا أن تتعلق بكسبه ، وقال القاضى : تتعلق برقبته لان الوطء فى النكاح بمنزلة الجناية وأرش جناية العبد يتعلق برقبته يباع فيها أو يفديه سيده وهذا قول أصحاب الرأى .

ولنا أنه دين أذن السيد فيه فلزم ذمته كالذى استدانه وكيله ، وقولهم إنه فى مقابلة الوطء غير صحيح فإنه يجب من غير وطء ويجب للرتقاء والحائض والنفساء وزوجة المجبوب والصغير وإنما يجب بالتمكين وليس ذلك بجناية ولا قائم مقامها وقول من قال إنه تعذر إيجابه فى ذمة السيد غير صحيح فانه لا مانع من إيجابه ؛ وقد ذكرنا وجود مقتضيه فلا معنى لدعوى التعذر .

« مسألة » قال ( وان كانت أمة تأوى بالليل عند الزوج وبالنهار عند المولى أنفق كل واحد منهما مدة مقامها عنده )

هذه المسألة قد تقدمت وذكرنا أن النفقة فى مقابلة التمكين وقد وجد منها فى الليل فتجب على الزوج النفقة فيه والباقى منها على السيد بحكم أنها مملوكته لم تجب لها نفقة على غيره فى هذا الزمن فيكون على هذا على كل واحد منهما نصف النفقة وهذا أحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر لا نفقة لها على الزوج لأنها لم تمكن من نفسها فى جميع الزمان فلم يجب لها شيء من النفقة كالحرة إذا بذلت نفسها فى أحد الزمانين دون الآخر .

ولنا أنه وجد التمكين الواجب بعقد النكاح فاستحقت النفقة كالحرة اذا مكنت من نفسها فى غير أوقات الصلوات المفروضات والصوم الواجب والحج المفروض وفارق الحرة اذا امتنعت فى أحد الزمانين فانها لم تبذل الواجب فتكون ناشزاً وهذه ليست ناشزاً ولا عاصية .

« مسألة » قال ( فإن كان لها ولد لم تلزمه نفقة ولده ، حراً كان أو عبداً . ونفقتهم على سيدهم )

يعني الأمة ليس على زوجها نفقة ولده منها وإن كان حراً ، لأن ولد الأمة عبد لسيدها ، فإن الولد يتبع أمه في الرق والحرية فتكون نفقتهم على سيدهم دون أبيهم ، فإن العبد أخص بسيده من أبيه ولذلك لاولاية بينه وبين أبيه ولا ميراث ولا إنفاق وكان ذلك للسيد ، وقد رويت عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أن ولد العربي يكون حراً وعلى أبيه فداؤه ؛ فعلى هذا تكون نفقتهم عليه ، ولو أعتق الولد سيده أو علق عتقه بولادته أو تزوج الأمة على أنها حرة فولده منها أحرار وعلى أبيهم نفقتهم في هـــذه المواضع كلها إذا كان حراً وتحققت فيه شرائط الانفاق .

( فصـــل ) وإذا طلق الأمة طلاقا رجعيا فلها النفقة في العدة لانها زوجة ، وإن أبانها وهي حائل فلا نفقة لها ، لانها لو كانت حرة لم يكن لها نفقة فالامة أولى وإن كانت حاملا فلها النفقة لقوله تعالى ( وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ) نص على هذا أحمد ، وبه قال اسحاق .

وقد روى عن أبي عبد الله رحمه الله في نفقة الحامل روايتان : هل هي للحمل أو للحامل بسببه ؟

احداهما هي للحمل ، فعلى هذا لا تجب للمملوكة الحامل البائن نفقة لان الحمل مملوك لسيدها فنفقته عليه ، وللشافعي في هذا قولان كالروايتين

( فصل ) وان طلق العبد زوجته الحامل طلاقا بائنا انبنى على وجوب النفقه على الروايتين في النفقة هل هي للحمل أو للحامل ؟ فإن قلنا هي للحمل فلا نفقة على العبد ، وبه قال مالك

وروى ذلك عن الشعبي لانه لا تجب عليه نفقة ولده . وان قلنا هي للحامل بسببه وجبت لها النفقة ، وهذا قول الاوزاعي . لأن الله تعالى قال ( وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ) ولأنها حامل فوجبت لها النفقة كما لو كان زوجها حراً .

## فصل

والمعتق بعضه عليه من نفقة امرأته بقدر ما فيه من الحرية وباقيه على سيده أو فى ضريبته أو فى رقبته على ما ذكرنا فى العبد ، والقدر الذى يجب عليه بالحرية يعتبر فيه حاله ان كان موسراً فنفقة الموسرين ، وان كان معسراً فنفقة المعسرين والباقى تجب فيه نفقة المعسرين ، لان النفقة مما يتبعض ، وما يتبعض بعضناه فى حق المعتق بعضه كالميراث والديات ، ومالا يتبعض فهو فيه كالعبد ، لان الحرية اما شرط فيه أو سبب له فلم يكمل وهذا اختيار المزنى ، وقال الشافعى حكمه حكم القن فى الجميع الحاقا لاحد الحكمين بالآخر .

ولنا أنه يملك بنصفه الحر ملكا تاما ولهذا يورث عنه ويكفر بالاطعام ويجب فيه نصف دية الحر فوجب أن تتبعض نفقته لانها من جملة الاحكام القابلة للتبعيض فأما نفقة أقاربه فيلزمه منها بقدر ميراثه لأن النفقة تنبنى على الميراث ، وعند المزنى تلزمه كلها لانها لا تتبعض ، وعند الشافعى لا يلزمه شيء لان حكمه حكم العبيد ، وقد سبق الكلام فى هذا .

« مسألة » قال ( وليس على العبد نفقة ولده ، حرة كانت الزوجة أو أمة )

أما اذا كانت زوجة العبد حرة فولدها أحرار لان الولد يتبع الام فى الرق والحريه وليس على العبد نفقة أقاربه الاحرار لأن نفقتهم تجب على سبيل المواساة وليس هو من أهلها ؛ وأما اذا كانت زوجته مملوكة فولدها عبيد لسيدها لأنهم يتبعونها فتكون نفقتهم على سيدهم .

## ( فصل )

وحكم المكاتب فى نفقة الزوجات والاولاد والاقارب حكم العبد القن لأنه عبد مابقى عليه درهم ، الا أنه اذا كانت له زوجة أنفق عليهامن كسبه ، لان نفقة الزوجه واجبه بحكم المعاوضه مع اليسار والاعسار ، ولذلك وجبت على العبد فعلى المكاتب أولى ، ولأن نفقة المرأة لا تسقط عن أحد من الناس اذا لم يوجد منها ما يسقط نفقتها ولا يمكن ايجابها على سيده لان نفقة المكاتب لا تجب على سيده فنفقة امرأته أولى .

فاما نفقة أولاده وأقاربه الاحرار فلا تجب عليه لأنها تجب على سبيل المواساة وليس هو من أهلها ولذلك لا تجب عليه الزكاة فى ماله ولا الفطرة فى بدنه ، فإن كانت زوجته حرة فنفقة أولادها عليها لأنهم يتبعونها فى الحرية ، وإن كان لهم أقارب أحرار كجد حر وأخ حر مع الام أنفق كل واحد منهم بحسب ميراثه ، والمكاتب كأنه معدوم بالنسبة الى النفقة .

« مسألة » قال ( وعلى المكاتبة نفقة ولدها دون أبيه المكاتب )

وجملته أن المكاتب إذا كان له ولد لم يخل إما أن يكون من زوجته أو من أمته فان كان من زوجته وكانت مكاتبة فولدها يتبعونها فى الكتابة ويكونون موقوفين على كتابتها إن رقت رقوا وإن عتقت بالاداء عتقوا فتكون نفقتهم عليها مما فى يديها لانهم فى حكم نفسها ونفقتها مما فى يديها فكذلك على ولدها . وأما زوجها المكاتب فليس عليه نفقتهم لانهم عبيد لسيد المكاتبة ، وان كانت زوجته حرة أو أمة فقد بينا حكمهم ، وان أراد المكاتب التبرع بالانفاق على ولده وكان من أمة أو مكاتبة لغير سيده أو حرة لم يكن له ذلك لان فيه تغريراً بمال سيده ، وإن كان من أمة لسيده جاز لانه مملوك لسيده فهو ينفق عليه من المال الذى تعلق به حق سيده ، وان كان من مكاتبة لسيده احتمل الجواز لانه فى الحال بمنزلة أمه ، وأمه مملوكة لسيدها ، ويحتمل أن لا يجوز لان فيه تغريراً ، إذ لا يحتمل أن يعجز هو وتؤدى المكاتبة فيعتق ولدها فيحصل الانفاق عليها من مال سيده ويصير حراً .

« مسأله » قال ( وعلى المكاتب نفقة ولده من أمته )

أما ولد المكاتب من أمته فنفقتهم عليه ، لان ولده من أمته تابع له يرق برقه ويعتق بعتقه فجرى مجرى نفسه فى النفقة ، فكما أن المكاتب ينفق على نفسه فكذلك على ولده الذى هذا حاله ، ولان هذا الولد ليس له من ينفق عليه سوى أبيه فان أمه أمة للمكاتب وليس له من الاحرار أقارب فيتعين على المكاتب الانفاق عليه كأمه ولانه لا ضرر على السيد فى انفاق المكاتب على ولده من أمته لأنه ان أدى وعتق فقد وفى مال الكتابة وليس للسيد أكثر منها ، وان عجز ورق

عاد اليه المكاتب وولده الذى أنفق عليه فكأنه إنما أنفق على عبده وتصير نفقته عليه كنفقته على سائر رقيقه .

( فصل وليس المكاتب أن يتسرى بأمته إلا بإذن سيده لان ملكه غير تام وعلى السيد ضرر فى تسريه بها لما فيه من التغرير بها ، وان أذن له سيده فى ذلك جاز لأن المنع لحقه فجاز باذنه كما لو أذن لعبده القن ، وان وطىء بغير اذنه فلا حد عليه لأنه وطىء مملوكته ، فان أولدها فى الموضعين صارت أم ولد له ليس له بيعها ولا بيع ولده فان عتق عتق ولدها وصارت الامة أم ولده تعتق بموته ، وان رق رقت هى وولدها وصارت أمة لسيده والمكاتب وولده عبدان له ويلزم المكاتب الانفاق على عبيده وإمائه وأمهات أولاده لأنهم ملك له فلزمه الانفاق عليهم كبهائمه .

## ( باب الحال التى تجب فيها النفقة على الزوج )

« مسألة » قال رحمه الله ( واذا تزوج بامرأة مثلها يوطأ فلم تمنعه نفسها ولا منعه أولياؤها لزمته النفقه )

وجملة ذلك أن المرأة تستحق النفقة على زوجها بشرطين :

أحدهما : أن تكون كبيرة يمكن وطؤها ، فان كانت صغيرة لا تحتمل الوطء فلا نفقة لها . وبهذا قال الحسن وبكر بن عبدالله المزنى والنخعى واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وهو المنصوص عن الشافعى . وقال فى موضع . لو قيل لها النفقة كان مذهبا . وهذا قول الثورى لأن تعذر الوطء لم يكن بفعلها فلم يمنع وجوب النفقه لها كالمرض .

ولنا أن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع فلم تجب نفقتها ، كما لو منعه أولياؤها من تسليم نفسها وبهذا يبطل ماذكروه ويفارق المريضة فان الاستمتاع بها ممكن وانما نقص بالمرض ، ولان من لا تمكن الزوج من نفسها لا يلزم الزوج نفقتها فهذه أولى ، لأن تلك يمكن الزوج قهرها والاستمتاع بها كرها ، وهذه لا يمكن ذلك فيها بحال

الشرط الثانى : أن تبذل التمكين التام من نفسها لزوجها ، فأما إن منعت نفسها أو منعها أولياؤها أو تساكتا بعد العقد فلم تبذل ولم يطلب فلا نفقة لها ، وإن أقاما زمناً فإن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة ودخلت عليه بعد سنتين ولم ينفق إلا بعد دخوله ولم يلتزم نفقتها لما مضى، ولأن النفقة تجب فى مقابلة التمكين المستحق بعقد النكاح ، فإذا وجد استحقت وإذا فقد لم تستحق شيئاً ولو بذلت تسليما غير تام بأن تقول أسلم إليك نفسى فى منزلى دون غيره ، أو فى الموضع الفلانى دون غيره لم تستحق شيئا ، إلا أن تكون قد اشترطت ذلك فى العقد لانها لم تبذل التسليم الواجب بالعقد فلم تستحق النفقة، كما لو قال البائع أسلم إليك السلعة على أن تتركها فى موضعها أو فى مكان بعينه .

وإن شرطت دارها أو بلدها فسلمت نفسها فى ذلك استحقت النفقة لانها سلمت التسليم الواجب عليها، ولذلك لو سلم السيد أمته المزوجة ليلا دون النهار استحقت النفقة، وفارق الحرة فانها لو بذلت تسليم نفسها فى بعض الزمان لم تستحق شيئا لانها لم تسلم التسليم الواجب بالعقد ، وكذلك إن أمكنته من الاستمتاع ومنعته استمتاعا لم تستحق شيئا لذلك

( فصل ) وإن غاب الزوج بعد تمكينها ووجوب نفقتها عليه لم تسقط عنه بل تجب عليه فى زمن غيبته لانها استحقت النفقة بالتمكين ولم يوجد منها ما يسقطها .

وإن غاب قبل تمكينها فلا نفقة لها عليه لانه لم يوجد الموجب لها ، فان بذلت التسليم وهو غائب لم تستحق نفقته لانها بذلته فى حال لا يمكنه التسليم فيه ، لكن إن مضت إلى الحاكم فبذلت التسليم كتب الحاكم الى حاكم البلد الذى هو فيه ليستدعيه ويعلمه ذلك ، فان سار اليها أو وكل من يسلمها اليه فوصل وسلمها هو أو نائبه وجبت النفقة حينئذ ، وان لم يفعل فرض الحاكم عليه نفقتها من الوقت الذى كان يمكن الوصول اليها ويسلمها فيه ، لان الزوج امتنع من تسلمها مع امكان ذلك وبذلها اياه له فلزمته نفقتها كما لو كان حاضراً .

وان كانت الزوجة صغيرة يمكن وطؤها أو مجنونة فسلمت نفسها اليه فتسلمها لزمته نفقتها كالكبيرة ، وان لم يتسلمها لمنعها نفسها أو منع أوليائها فلا نفقة لها عليه ، وان غاب الزوج فبذل وليها تسليمها فهو كما لو بذلت المكلفة التسليم فان

وليها يقوم مقامها، وإن بذلت هي دون وليها لم يفرض الحاكم النفقة لها لأنه لا حكم لكلامها .

« مسألة » قال ( وإذا كانت بهذه الحال التي وصفت وزوجها صبي أجبر وليه على نفقتها من مال الصغير ، فإن لم يكن له مال فاختارت فراقه فرق الحاكم بينهما )

يعني اذا كانت المرأة كبيرة يمكن الاستمتاع بها فمكنت من نفسها أو بذلت تسليمها ولم تمنع نفسها ولا منعها أولياؤها فعلى زوجها الصبي نفقتها . وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر لا نفقة لها ، وهو قول مالك لأن الزوج لا يتمكن من الاستمتاع بها فلم تلزمه نفقتها كما لو كانت غائبة أو صغيرة .

ولنا أنها سلمت نفسها تسليما صحيحا فوجبت لها النفقة ، كما لو كان الزوج كبيرا ولأن الاستمتاع بها ممكن وانما تعذر من جهة الزوج ، كما لو تعذر التسليم لمرضه أو غيبته ، وفارق ما اذا غابت أو كانت صغيرة فإنها لم تسلم نفسها تسليما صحيحا ولم تبذل ذلك، فعلى هذا يجبر الولي على نفقتها من مال الصبي لأن النفقة على الصبي وانما الولي ينوب عنه في أداء الواجبات عليه كما يؤدي أروش جناياته وقيم متلفاته وزكواته . وان لم يكن له مال فاختارت فراقه فرق الحاكم بينهما كما ذكرنا في حق الكبير ، فان كان له مال وامتنع الولي من الانفاق أجبره الحاكم بالحبس ، فان لم ينفق أخذ الحاكم من مال الصبي وأنفق عليها ، فان لم يمكنه وصبر الولي على الحبس وتعذر الانفاق وفرق الحاكم بينهما اذا طلبت ذلك على ماذكرنا في حق الكبير .

وذكر القاضي في الكبير أنه لا يفرق بينهما فكذلك ههنا مثله ، لأنهما سواء في وجوب الانفاق عليهما فكذلك في أحكامه .

( فصل ) وان بذلت الرتقاء أو الحائض أو النفساء أو النضوة الخلق التي لا يمكن وطؤها أو المريضة تسليم نفسها لزمته نفقتها ، وان حدث بها شيء من ذلك لم تسقط نفقتها لأن الاستمتاع ممكن ولا تفريط من جهتها ؛ وان منع من الوطء

ويفارق الصغيرة فإن لها حالا يتمكن من الاستمتاع بها فيها استمتاعا تاما ، والظاهر أنه تزوجها انتظاراً لتلك الحال بخلاف هؤلاء. ولذلك لو طلب تسليم هؤلاء وجب تسليمهن ، ولو طلب تسليم الصغيرة لم يجب .

فإن قيل : فلو بذلت الصحيحه الاستمتاع بما دون الوطء لم تجب لها النفقة فكذلك هؤلاء ، قلنا : لأن تلك منعت ما يجب عليها وهؤلاء لا يجب عليهن التمكين مما فيه ضرر فإن ادعت أن عليها ضرراً في وطئه لضيق فرجها أو قرح به أو نحو ذلك وأنكره أريت امرأة ثقة وعمل بقولها ، وان ادعت عبالة ذكره وعظمه جاز أن تنظر المرأة اليهما حال اجتماعهما لأنه موضع حاجة ويجوز النظر الى العورة للحاجة والشهادة .

« مسألة » قال ( وان طالب الزوج بالدخول وقالت لا أسلم نفسي حتى أقبض صداقي كان ذلك لها ولزمته النفقة إلى أن يدفع اليها صداقها )

وجملته : أن للمرأة أن تمنع نفسها حتى تتسلم صداقها لأن تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يفضي الى أن يستوفي منفعتها المعقود عليها بالوطء ثم لا يسلم صداقها فلا يمكنها الرجوع فيها استوفى منها بخلاف المبيع إذا تسلمه المشتري ثم أعسر بالثمن فإنه يمكنه الرجوع فيه فلهذا ألزمناه تسليم صداقها أولا وجعلنا لها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض صداقها لأنه إذا سلم اليها الصداق ثم امتنعت من تسليم نفسها أمكن الرجوع فيه .

إذا ثبت هذا : فمتى امتنعت من تسليم نفسها لتقبض صداقها فلها نفقتها لأنها امتنعت لحق ، فإن قيل : فلو امتنعت لصغر أو مرض لم تلزمه نفقتها ، قلنا الفرق بينهما أن امتناعها لمرض لمعنى من جهتها ، وكذلك الامتناع للصغر وههنا الامتناع لمعنى من جهة الزوج وهو منعه لما وجب لها عليه فأشبه مالو تعذر الاستمتاع لصغر الزوج فإنه لا تسقط نفقتها عنه ، ولو تعذر لصغرها لا تلزمه نفقتها .

( فصل ) إذا سافرت زوجته بغير إذنه سقطت نفقتها عنه لأنها ناشز ، وكذلك إن انتقلت من منزله بغير إذنه ، وان سافرت بإذنه في حاجته فهي على نفقتها لأنها سافرت في شغله ومراده وإن كان في حاجة نفسها سقطت نفقتها لأنها فوتت التمكين

لحفظ نفسها وقضاء حاجتها فأشبه ما لو استنظرته قبل الدخول مدة فأنظرها الا أن يكون مسافراً معها متمكناً من استمتاعها فلا تسقط نفقتها لأنها لم تفوت التمكين فأشبهت غير المسافرة .

ويحتمل أن لا تسقط نفقتها ، وان لم يكن معها لأنها مسافرة بإذنه أشبه ما لو سافرت فى حاجته وسواء كان سفرها لتجارة أو حج تطوع أو زيارة ولو أحرمت بحج تطوع بغير إذنه سقطت نفقتها لأنها فى معنى المسافرة : وان أحرمت به بإذنه فقال القاضى لها النفقة ، والصحيح أنها كالمسافرة لأنها بإحرامها مانعة له من التمكين فهى كالمسافرة لحاجة نفسها على ما ذكرناه ، وان أحرمت بالحج الواجب أو العمرة الواجبة فى الوقت الواجب من الميقات فلها النفقة لأنها فعلت الواجب عليها بأصل الشرع فى وقته فلم تسقط نفقتها كما لو صامت رمضان . وان قدمت الاحرام على الميقات أو قبل الوقت خرج فيها من القول ما فى المحرمة بحج التطوع لأنها فوتت عليه التمكين بشيء مستغنى عنه .

( فصــــل )

فإن اعتكفت فالقياس أنه كسفرها إن كان بغير إذنه فهى ناشز لخروجها من منزل زوجها بغـــير إذنه فيما ليس بواجب بأصل الشرع ، وان كان بإذنه فلا نفقة لها على قول الخرقى .

وقال القاضى : لها النفقة ، وان صامت رمضان لم تسقط نفقتها لأنه واجب مضيق بأصل الشرع لا يملك منعها منه فلم تسقط نفقتها كالصلاة ولأنه يكون صائماً معها فيمتنع الاستمتاع لمعنى وجد فيه ، وان كان تطوعاً لم تسقط نفقتها لأنها لم تخرج عن قبضته ولم تأت بما يمنعه من الاستمتاع بها فإنه يمكنه تفطيرها ووطؤها فان أراد ذلك منها فمنعته نفسها سقطت نفقتها بامتناعها من التمكين الواجب ، وان كان صوما منذوراً معلقا بوقت معين ، فقال القاضى لها النفقة لان أحمد نص على أنه ليس له منعها .

ويحتمل أنه ان كان نذرها قبل النكاح أو كان النذر بإذنه لم تسقط نفقتها لانه كان واجبا عليها بحق سابق على نكاحه أو واجب أذن فى سببه ، وان كان النذر فى نكاحه بغير إذنه فلا نفقة لها لأنها فوتت عليه حقه من الاستمتاع باختيارها بالنذر

الذي لم يوجبه الشرع عليها ولا ندبها اليه ، وان كان النذر مطلقا أو كان صوم كفارة فصامت باذنه فلها النفقة لأنها أدت الواجب باذنه فأشبه مالو صامت المعين في وقته ، وان صامت بغير إذنه ، فقال القاضي لا نفقة لها لأنها يمكنها تأخيره فانه على التراخي وحق الزوج على الفور وان كان قضاء رمضان قبل ضيق وقته فكذلك ، وان كان وقته مضيقاً مثل أن قرب رمضان الآخر فعليه نفقتها لأنه واجب مضيق بأصل الشرع أشبه أداء رمضان .

« مسألة » قال ﴿ واذا طلق الرجل زوجته طـــلاقا لا يملك فيه الرجعة فلا سكنى لها ولا نفقة إلا أن تكون حاملا ﴾

وجملة الأمر : أن الرجل إذا طلق امرأته طلاقا بائنا فأما ان يكون ثلاثا أو بخلع أو بانت بفسخ وكانت حاملا فلها النفقه والسكنى باجماع أهل العلم لقول الله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ) وفي بعض أخبار فاطمة بنت قيس « لا نفقة الك الا أن تكوني حاملا » ولان الحمل ولده فيلزمه الانفاق عليه ولا يمكنه النفقة عليه إلا بالانفاق عليها فوجب كما وجبت أجرة الرضاع ، وان كانت حائلا فلا نفقة لها ، وفي السكنى روايتان .

إحداهما : لها ذلك وهو قول عمر وابنه وابن مسعود وعائشة وفقهاء المدينة السبعة ومالك والشافعي للآية .

والرواية الثانية : لا سكنى لها ولا نفقة وهي ظاهر المذهب ، وقول علي وابن عباس وجابر وعطاء وطاوس والحسن وعكرمة وميمون بن مهران وإسحاق وأبي ثور وداود .

وقال أكثر الفقهاء العراقيين : لها السكنى والنفقة ، وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه والبتي والعنبري لان ذلك يروى عن عمر وابن مسعود ، ولأنها مطلقة فوجبت لها النفقة والسكنى كالرجعية وردوا خبر فاطمة بنت قيس بما روى عن عمر أنه قال « لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول إمرأة » وأنكرته عائشة وسعيد بن المسيب وتأولوه .

ولنا ما روت فاطمة بنت قيس « ان زوجها طلقها البتة وهو غائب فأرسل اليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم تذكر ذلك له فقال : ليس لك عليه نفقة ولاسكنى ، فأمرها أن تعتد فى بيت أم شريك » متفق عليه .

وفى لفظ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « انظرى يا ابنة قيس إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعه فإذا لم يكن له عليها الرجعة فلا نفقة ولا سكنى » رواه الإمام أحمد والأثرم والحميدى وغيرهم .

قال ابن عبد البر من طريق الحجة وما يلزم منها قول أحمد بن حنبل ومن تابعه أصح وأحج ، لأنه ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم نصا صريحا فأى شيء يعارض هذا إلا مثله عن النبي صلى الله عليه وسلم الذى هو المبين عن الله مراده ؟ ولا شيء يدفع ذلك ، ومعلوم أنه أعلم بتأويل قول الله تعـــالى ( أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ) .

وأما قول عمر ومن وافقه فقد خالفه على وابن عباس ومن وافقهما والحجة معهم ولو لم يخالفه أحد منهم لما قبل قوله المخالف لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة على عمر وعلى غيره ولم يصح عن عمر أنه قال « لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة » فإن أحمد أنكره وقال أما هذا فلا ولكن قال « لا نقبل فى ديننا قول امرأة » وهذا أمر يرده الإجماع على قبول قول المرأة فى الرواية ، فأى حجة فى شيء يخالفه الإجماع وترده السنة ويخالفه فيه علماء الصحابة .

قال إسماعيل بن إسحاق نحن نعلم ان عمر لا يقول : لا ندع كتاب ربنا إلا لما هو موجود فى كتاب الله ، والذى فى الكتاب أن لها النفقة إذا كانت حاملا بقوله سبحانه ( وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ) وأما غير ذوات الحمل فلا يدل الكتاب إلا على أنهن لا نفقة لهن لاشتراطه الحمل فى الأمر بالانفاق .

وقد روى ابو داود وغيره من الأئمة باسنادهم عن ابن عباس قال « ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما — يعنى المتلاعنين — وقضى أن لا بيت لها

عليه ولا قوت ، ولأن هذه محرمة عليه تحريما لا تزيله الرجعة فلم يكن لها سكنى ولا نفقة كالملاعنة أو كالأجنبية ، وفارقت الرجعية فى ذلك ، واما الرجعية فلها السكنى والنفقة للآية والخبر والإجماع ولأنها زوجه يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه

( فصل ) فأما الملاعنة فلا سكنى لها ولا نفقة ان كانت غير حامل للخبر ، وكذلك ان كانت حاملا فنفى حملها وقلنا أنه ينتفى عنه أو قلنا انه ينتفى بزوال الفراش وان قلنا لا ينتفى بنفيه أو لم ينفه ، وقلنا . انه يلحقه نسبه فلها السكنى والنفقة لان ذلك للحمل أو لها بسببه وهو موجود فأشبهت المطلقة البائن ، فان نفى الحمل فأنفقت امه وسكنت من غير الزوج وارضعت ثم استلحقه الملاعن لحقه ولزمته النفقة واجر المسكن والرضاع لأنها فعلت ذلك على انه لا اب له فاذا ثبت له اب لزمه ذلك ورجع به عليه .

فان قيل : النفقه لاجل الحمل نفقة الاقارب وهى تسقط بمضى الزمان فكيف ترجع عليه بما يسقط عنه ؟ قلنا بل النفقه للحامل من اجل الحمل فلا تسقط كنفقتها فى الحياة ، وان سلمنا انها للحمل الا انها مصروفة اليها ويتعلق بها حقها فلا تسقط بمضى الزمان كنفقتها .

## فصل

فأما المعتدة من الوفاة فان كانت حائلا فلا سكنى لها ولا نفقة لأن النكاح قد زال بالموت ، وان كانت حاملا ففيها روايتان .

احداهما : لها السكنى والنفقة لانها حامل من زوجها فكانت لها السكنى والنفقة كالمفارقة فى الحياة

والثانية : لا سكنى لها ولا نفقة لأن المال قد صار للورثة ونفقة الحامل وسكناها انما هو للحمل او من اجله ، ولا يلزم ذلك الورثة لأنه ان كان للميت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه ، وان لم يكن له ميراث لم يلزم وارث الميت الانفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة ، قال القاضى . وهذه الرواية اصح .

( فصل ) وهل تجب نفقة الحمل [1] للحامل من أجل الحمل أو للحمل فيه روايتان

---

(١) فى نسخة نفقة الحامل .

إحداهما : تجب للحمل ، اختارها أبو بكر لأنها تجب بوجوده وتسقط عند انفصاله فدل على أنها له .

والثانية تجب لها من أجله لأنها تجب مع اليسار والإعسار فكانت له كنفقة الزوجات ، ولأنها لا تسقط بمضي الزمان فأشبهت نفقتها في حياته ، وللشافعي قولان كالروايتين ، وينبني على هذا الاختلاف فروع ، منها أنها إذا كانت المطلقة الحامل أمة وقلنا النفقة للحمل فنفقتها على سيدها لأنه ملكه . وإن قلنا لها فعلى الزوج لأن نفقتها عليه . وان كان الزوج عبداً وقلنا هي للحمل فليس عليه نفقته لأنه لا تلزمه نفقة ولده ، وإن قلنا لها فالنفقة عليه لما ذكرنا . وإن كانت حاملا من نكاح فاسد أو وطء شبهة وقلنا النفقة للحمل فعلى الزوج والواطىء لأنه ولده فلزمته نفقته كما بعد الوضع ، وإن قلنا للحامل فلا نفقة عليها لأنها ليست زوجة . يجب الانفاق عليها ، وان نشزت امرأة إنسان وهي حامل وقلنا النفقة للحمل لم تسقط نفقتها ، لأن نفقة ولده لا تسقط بنشوز أمه ، وان قلنا لها فلا نفقة لها لأنها ناشز .

( فصل ) ويلزم الزوج دفع نفقة الحامل المطلقة اليها يوماً فيوما كما يلزمه دفع نفقة الرجعية . وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يلزمه دفعها اليها حتى تضع ، لأن الحمل غير متحقق ولهذا وقفنا الميراث . وهذا خلاف قول الله تعالى ( وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ) ولأنها محكوم لها بالنفقة فوجب دفعها اليها كالرجعية ، وما ذكروه غير صحيح فإن الحمل يثبت بالامارات وتثبت أحكامه في منع النكاح والحد والقصاص وفسخ البيع في الجارية المبيعة والمنع من الاخذ في الزكاة ووجوب الدفع في الدية فهو كالمتحقق ، ولا يشبه هذا الميراث فإن الميراث لا يثبت الا بمجرد الحمل ، فإنه يشترط له الوضع والاستهلال بعض الوضع ، ولا يوجد ذلك قبله ولاننا لا نعلم صفة الحمل وقدره ووجود توريثه بخلاف مسألتنا ، فإن النفقة تجب بمجرد الحمل ولا تختلف باختلافه ، فاذا ثبت هذا فمتى ادعت الحمل فصدقها دفع اليها ، ان كان حملا فقد استوفت حقها ، وان بان أنها ليست حاملا رجع عليها ، سواء دفع اليها بحكم الحاكم أو بغيره ،

وسواء شرط أنها نفقة أو لم يشترط ، وعنه لا يرجع ، والصحيح أنه يرجع لانه دفعه على أنه واجب ، فاذا بان أنه ليس بواجب استرجعه ، كما لو قضاها دينا فبان أنه لم يكن عليه دين ، وان أنكر حملها نظر النســـاء الثقات فرجع الى قولهن ، ويقبل قول المرأة الواحدة اذا كانت من أهل الخبرة والعدالة ، لأنها شهادة على مالا يطلع عليه الرجال أشبه الرضاع ، وقد ثبت الاصل بالخبر

( فصـــل )

ولا تجب النفقة على الزوج فى النكاح الفاسد ، لانه ليس بينهما نكاح صحيح فان طلقها أو فرق بينهما قبل الوطء فلا عـدة عليها ، وان كان بعد الوطء فعليها العدة ولا نفقة لها ولا سكنى ان كانت حائلا ، لانه اذا لم يجب ذلك قبل التفريق فبعده أولى ، وان كانت حاملا فعلى ما ذكرنا من قبل .

فإن قلنا لها النفقة اذا كانت حاملا فلها ذلك قبل التفريق ، لانه اذا وجب بعد التفريق فقبله أولى ، ومتى أنفق عليها قبل مفارقتها أو بعدها لم يرجع عليها ، لانه ان كان عالما بعدم الوجوب فهو متطوع به ، وان لم يكن عالما فهو مفرط فلم يرجع به ، كما لو أنفق على أجنبية ، وكل معتدة من الوطء فى غير نكاح صحيح كالموطوءة بشبهة وغيرها إن كان يلحق الواطىء نسب ولدها فهى كالموطوءة فى النكاح الفاسد .

وان كان لا يلحقه نسب ولدها كالزانى فليس عليه نفقتها حاملا كانت أو حائلا لانه لا نكاح بينهما ولا بينهما ولد ينسب اليه .

« مسألة » قال ( واذا خالعت المرأة زوجها وأبرأته من حملها لم يكن لها نفقة ولا للولد حتى تفطمه )

أما اذا خالعته ولم تبرئه من حملها فلها النفقة ، كما لو طلقها ثلاثا وهى حامل ، لان الحمل ولده فعليه نفقته ، وان أبرأته من الحمل عوضا فى الخلع صح ، سـواء كان العوض كله أو بعضه ، وقد ذكرناه فى الخلع ويبرأ حين تفطمه اذا كانت قد أبرأته من نفقة الحمل وكفالة الولد الى ذلك ، أو أطلقت البراءة من نفقة الحمل وكفالته لان البراءة المطلقه تنصرف الى المدة التى تستحق المرأة العوض عليه فيها

وهى مدة الحمل والرضاع ، لأن المطلق إذا كان له عرف انصرف الى العرف ، وإن اختلفا فى مدة الرضاع انصرف إلى حولين لقوله سبحانه (وفصاله فى عامين) وقال تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) ثم قال ( فإن أرادا فصالا عن تراض منها وتشاور فلا جناح عليهما ) فدل على أنه لا يجوز فصاله قبل العامين إلا بتراض منهما وتشاور .

وإن قدرا مدة البراءة بزمن الحمل أو بعام أو نحو ذلك فهو على ما قدراه ، وهو أحسن لأنه أقطع للنزاع وأبعد من اللبس والاشتباه . ولو أبرأته من نفقة الحمل انصرف ذلك إلى زمن الحمل قبل وضعه .

قال القاضى : إنما صح مخالعتها على نفقة الولد وهى للولد دونها لأنها فى حكم المالكة لها لأنها هى القابضة لها المستحقة المتصرفة فيها فإنها فى مدة الحمل هى الآكلة لها المنتفعة بها وبعد الولادة هى أجر رضاعها وهى الآخذة لها المتصرفة فيها أيضا فصارت كذلك من أملاكها فصح جعلها عوضا .

فأما النفقة الزائدة على هذا من كسوة الطفل ودهنه ونحو ذلك فلا يصح أن يعاوض به فى الخلع لأنه ليس هو لها ولا هو فى حكم ما هو لها .

« مسألة » قال ( والناشز لا نفقة لها . فإن كان لها منه ولد أعطاها نفقة ولدها )

معنى النشوز معصيتها لزوجها فيما له عليها مما أوجبه له النكاح ، وأصله من الارتفاع ، مأخوذ من النشز ، وهو المكان المرتفع . فكأن الناشز ارتفعت عن طاعة زوجها فسميت ناشزاً ، فمتى امتنعت من فراشه أو خرجت من منزله بغير اذنه أو امتنعت من الانتقال معه الى مسكن مثلها أو من السفر معه ، فلا نفقة لها ولا سكنى فى قول عامة أهل العلم ، منهم الشعبى وحماد ومالك والاوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى وأبو ثور .

وقال الحكم لها النفقه . وقال ابن المنذر : لا أعلم أحداً خالف هؤلاء الا الحكم ولعله يحتج بأن نشوزها لا يسقط مهرها فكذلك نفقتها .

ولنا أن النفقة انما تجب فى مقابلة تمكينها ، بدليل أنها لا تجب قبل تسليمها اليه ، واذا منعها النفقة كان لها منعه التمكين ، فإذا منعته التمكين كان له منعها من

النفقة كما قبل الدخول ، وتخالف المهر فإنه يجب بمجرد العقد ، ولذلك لو مات أحدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة ، فأما اذا كان له منها ولد فعليه نفقة ولده لأنها واجبة له فلا يسقط حقه بمعصيتها كالكبير وعليه أن يعطيها اياها اذا كانت هي الحاضنة له أو المرضعة له ، وكذلك أجر رضاعها يلزمه تسليمه اليها لأنه أجر ملكته عليه بالارضاع لا فى مقابلة الاستمتاع ولا يزول بزواله .

( فصل ) واذا سقطت نفقة المرأة بنشوزها فعادت عن النشوز والزوج حاضر عادت نفقتها لزوال المسقط لها ووجود التمكين المقتضى لها ، وان كان غائبا لم تعد نفقتها حتى يعود التسليم بحضوره أو حضور وكيله أو حكم الحاكم بالوجوب اذا مضى زمن الامكان ، ولو ارتدت امرأته سقطت نفقتها فإن عادت الى الاسلام عادت نفقتها بمجرد عودها لان المرتدة انما سقطت نفقتها بخروجها عن الاسلام ، فإذا عادت اليه زال المعنى المسقط فعادت النفقة ، وفى النشوز سقطت النفقة بخروجها عن يده أو منعها له من التمكين المستحق عليها ، ولا يزول ذلك الا بعودها الى يده وتمكينه منها ، ولا يحصل ذلك فى غيبته ، ولذلك لو بذلت تسليم نفسها قبل دخوله بها فى حال غيبته لم تستحق النفقة بمجرد البذل ، كذا ههنا والله أعلم

## باب من أحق بكفالة الطفل

كفالة الطفل وحضانته واجبة لانه يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وانجاؤه من المهالك ، ويتعلق بها حق لقرابته لان فيها ولاية على الطفل واستحقاقا له فيتعلق بها الحق ككفالة اللقيط ، ولا تثبت الحضانة لطفل ولا معتوه ، لانه لا يقدر عليها وهو محتاج الى من يكفله فكيف يكفل غيره ؟ ولا الفاسق لانه غير موثوق به فى أداء الواجب من الحضانة ولا حظ للولد فى حضانته لانه ينشأ على طريقته ولا الرقيق ، وبهذا قال عطاء والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، وقال مالك فى حر له ولد حر من أمة : الام أحق به الا أن تباع فتنقل فيكون الاب أحق به لانها أم مشفقة فأشبهت الحرة .

ولنا أنها لا تملك منافعها التى تحصل الكفالة بها لكونها مملوكة لسيدها فلم يكن لها حضانة كما لو بيعت ونقلت ، ولا تثبت لكافر على مسلم . وبهذا قال مالك والشافعى وسوار والعنبرى .

وقال ابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأى : تثبت له لما روى عن عبد الحميد ابن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان « أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم ، فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : ابنتى وهى فطيم أو شبهه ، وقال رافع : ابنتى . فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أقعد ناحية . وقال لها اقعدى ناحية . وقال ادعواها . فمالت الصبية إلى أمها . فقال النبى صلى الله عليه وسلم : اللهم اهدها . فمالت إلى أبيها فأخذها » رواه أبو داود .

ولنا أنها ولاية فلا تثبت لكافر على مسلم كولاية النكاح والمال ، ولانها إذا لم تثبت للفاسق فالكافر أولى ، فإن ضرره أكثر ، فإنه يفتنه عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر وتزيينه له وتربيته عليه ، وهذا أعظم الضرر . والحضانة إنما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه .
فأما الحديث فقد روى على غير هذا الوجه ولا يثبته أهل النقل وفى إسناده مقال قال ابن المنذر : ويحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم علم أنها تختار أباها بدعوته فكان ذلك خاصا فى حقه

فأما من بعضه حر فإن لم يكن بينه وبين سيده مهايأة فلا حضانة له ، لانه لا يقدر عليها لكون منافعه مشتركة بينه وبين سيده ، وإن كان بينهما مهايأة فقياس قول أحمد أن له الحضانة فى أيامه لانه قال : كل ما يتجزأ فعليه النصف من كل شيء . وهذا اختيار أبى بكر

وقال الشافعى لا حضانة له لانه كالقن عنده ، وهذا أصل قد تقدم

« مسألة » قال ( والام أحق بكفالة الطفل والمعتوه إذا طلقت )

وجملته أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد طفل أو معتوه فأمه أولى الناس بكفالته إذا كملت الشرائط فيها ، ذكراً كان أو أنثى ، وهذا قول يحيى الانصارى والزهرى والثورى ومالك والشافعى وأبى ثور واسحاق وأصحاب الرأى ولا نعلم

أحداً خالفهم . والاصل فيه ماروى عبد الله بن عمرو بن العاص « أن امرأة قالت يارسول الله إن إبنى هذا كان بطنى له وعاء وثدى له سقاء وحجرى له حواء، وإن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به مالم تنكحى » رواه أبو داود

ويروى « أن أبا بكر الصديق حكم على عمر بن الخطاب بعاصم لامه أم عاصم وقال ريحها وشمها ولطفها خير له منك » رواه سعيد فى سننه . ولانها أقرب إليه وأشفق عليه ولا يشاركها فى القرب الا أبوه وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه وانما يدفعه الى امرأته ، وأمه أولى به من امرأة أبيه .

( فصل ) فإن لم تكن الام من أهل الحضانة لفقدان الشروط التى ذكرنا فيها أو بعضها فهى كالمعدومة، وتنتقل الى من يليها فى الاستحقاق ، ولو كان الابوان من غير أهل الحضانة انتقلت الى من يليهما لانهما كالمعدومين .

( فصل ) ولا تثبت الحضانة الا على الطفل أو المعتوه ، فأما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه وإليه الخيرة فى الاقامة عند من شاء من أبويه ، فإن كان رجلا فله الانفراد بنفسه لاستغنائه عنهما ، ويستحب أن لا ينفرد عنهما ولا يقطع بره عنهما وإن كانت جارية لم يكن لها الانفراد ولابيها منعها منه لانه لا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها وبأهلها ، وإن لم يكن لها أب فلوليها وأهلها منعها من ذلك .

« مسألة » قال ﴿ واذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه فكان مع من اختار منهما ﴾

وجملته أن الغلام اذا بلغ سبعا وليس بمعتوه خير بين أبويه اذا تنازعا فيه ، فمن اختاره منهما فهو أولى به . قضى بذلك عمر وعلى وشريح ، وهو مذهب الشافعى وقال مالك وأبو حنيفة : لا يخير ، لكن قال أبو حنيفة اذا استقل بنفسه فأكل بنفسه ولبس بنفسه واستنجى بنفسه فالاب أحق به ، ومالك يقول الام أحق به حتى يثغر .

وأما التخيير فلا يصح لأن الغلام لا قول له ولا يعرف حظه وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكنه من شهواته فيؤدى الى فساده ، ولأنه دون البلوغ فلم يخير كمن دون السبع .

ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم « خير غلاما بين أبيه وأمه » رواه سعيد بإسناده والشافعى .

وفى لفظ عن أبي هريرة قال : جاءت امرأة الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن زوجى يريد أن يذهب بابنى وقد سقانى من بئر أبى عتبة وقد نفعنى ؟ فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه فانطلقت به » رواه أبو داود ، ولأنه إجماع الصحابة فروى عن عمر أنه خير غلاما بين أبيه وأمه ، رواه سعيد .

وروى عن عمارة الجرمى أنه قال « خيرنى على بين عمى وأمى وكنت ابن سبع أو ثمان » وروى نحو ذلك عن أبى هريرة . وهذه قصص فى مظنة الشهرة ولم تنكر فكانت إجماعا ، ولأن التقديم فى الحضانة يلحق به الولد فيتقدم من هو أشفق لأن حظ الولد عنده أكثر واعتبرنا الشفقة بمظنتها إذ لم يمكن اعتبارها بنفسها فاذا بلغ الغلام حداً يعرب عن نفسه ويميز بين الاكرام وضده فمال الى أحد الأبوين دل على أنه أرفق به وأشفق عليه فقدم بذلك وقيدناه بالسبع لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة ، ولأن الأم قدمت فى حال الصغر لحاجته الى حمله ومباشرة خدمته لأنها أعرف بذلك وأقوم به فاذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجح باختياره .

( فصل ) ومتى اختار أحدهما فسلم اليه ثم اختار الآخر رد اليه فان عاد فاختار الأول أعيد اليه هكذا أبداً كلما اختار أحدهما صار اليه لأنه اختيار شهوة لحظ نفسه فاتبع ما يشتهيه كما يتبع ما يشتهيه فى المأكول والمشروب وقد يشتهى المقام عند أحدهما فى وقت وعند الآخر فى وقت وقد يشتهى التسوية بينهما وأن لا ينقطع عنهما ، ، وان خيرناه فلم يختر واحداً منهما أو اختارهما معا قدم أحدهما بالقرعة لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه ولا يمكن اجتماعهما على حضانته فقدم أحدهما

بالقرعة فاذا قدم بها ثم اختار الآخر رد اليه لأننا قدمنا اختياره الثانى على الأول فعلى القرعة التى هى بدل أولى .

( فصل ) فان كان الاب معدوما أو من غير أهل الحضانة وحضر غيره من العصبات كالاخ والعم وابنه قام مقام الأب فيخير الغلام بين أمه وعصبته لأن علياً رضى الله عنه خير عمارة الجرمى بين أمه وعمه ، ولانه عصبة ، فأشبه الاب ، وكذلك ان كانت أمه معدومة أو من غير اهل الحضانة فسلم الى الجدة خير الغلام بينها وبين ابيه او من يقوم مقامه من العصبات ، فان كان الابوان معدومين او من غير اهل الحضانة فسلم الى امرأة كأخته وعمته او خالته قامت مقام أمه فى التخيير بينها وبين عصباته للمعنى الذى ذكرناه فى الأبوين ، فان كان الأبوان رقيقين وليس له احد من اقاربه سواهما فقال القاضى : لا حضانة لهما عليه ولا نفقة له عليهما ونفقته فى بيت المال ويسلم الى من يحضنه من المسلمين .

( فصل ) وانما يخير الغلام بشرطين .

أحدهما : أن يكونا جميعا من أهل الحضانه فان كان احدهما من غير اهل الحضانة كان كالمعدوم ويعين الآخر .

الثانى : ان لا يكون الغلام معتوها فان كان معتوها كان عند الام ولم يخير لان المعتوه بمنزلة الطفل وان كان كبيراً ولذلك كانت الأم احق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه ولو خير الصبي فاختار اباه ثم زال عقله رد الى الام وبطل اختياره لانه انما خير حين استقل بنفسه فاذا زال استقلاله بنفسه كانت الأم اولى لأنها اشفق عليه واقوم بمصالحه كما فى حال طفوليته .

« مسألة » قال ( واذا بلغت الجارية سبع سنين فالاب احق بها )

وقال الشافعى : تخير كالغلام لأن كل سن خير فيه الغلام خيرت فيه الجارية كسن البلوغ ، وقال ابو حنيفة : الام احق بها حتى تزوج او تحيض ، وقال مالك الأم احق بها حتى تزوج او يدخل بها الزوج لانها لا حكم لاختيارها ولا يمكن انفرادها فكانت الام احق بها كما قبل السبع .

ولنا ان الغرض بالحضانة الحظ والحظ للجارية بعد السبع فى الكون عند

أبيها لأنها تحتاج الى حفظ والأب أولى بذلك فإن الأم تحتاج الى من يحفظها ويصونها، ولأنها إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج ، وقد تزوج النبي صلى الله عليه وسلم عائشة وهى ابنة سبع ، وإنما تخطب الجارية من أبيها لأنه وليها والمالك لتزويجها وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث فينبغى أن يقدم على غيره ولا يصار الى تخييرها لأن الشرع لم يرد به فيها ولا يصح قياسها على الغلام لأنه لا يحتاج الى الحفظ والتزويج كحاجتها اليه ولا على سن البلوغ لأن قولها حينئذ معتبر فى إذنها وتوكيلها وإقرارها واختيارها بخلاف مسألتنا ولا يصح قياس ما بعد السبع على ما قبلها لما ذكرنا فى دليلنا .

## ( فصل )

إذا كانت الجارية عند الأم أو عند الاب فإنها تكون عنده ليلا ونهاراً لأن تأديبها وتخريجها فى جوف البيت من تعليمها الغزل والطبخ وغيرهما ولا حاجة بها إلى الإخراج منه ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر من غير أن يخلو الزوج بأمها ولا يطيل ولا يتبسط لأن الفرقة بينهما تمنع تبسط أحدهما فى منزل الآخر ، وان مرضت فالأم أحق بتمريضها فى بيتها ، وان كان الغلام عند الأم بعد السبع لاختياره لها كان عندها ليلا ويأخذه الأب نهاراً ليسلمه فى مكتب أو فى صناعة لان القصد حفظ الغلام وحظه فيما ذكرناه .

وان كان عند الاب كان عنده ليلا ونهاراً ولا يمنع من زيارة أمه لأن منعه من ذلك إغراء بالعقوق وقطيعة الرحم ، وان مرض كانت الأم أحق بتمريضه فى بيتها لأنه صار بالمرض كالصغير فى الحاجة الى من يقوم بأمره فكانت الأم أحق به كالصغير ، وان مرض أحد الابوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته سواء كان ذكراً أو أنثى لأن المرض يمنع المريض من المشى الى ولده فمشى ولده اليه أولى ؛ فأما فى حال الصحة فإن الغلام يزور أمه لأنها عورة فسترها أولى والام تزور ابنتها لان كل واحدة منهما عورة تحتاج الى صيانة وستر ، وستر الجارية أولى لان الام قد تخرجت وعقلت بخلاف الجارية .

( فصل ) وإذا أراد أحد الابوين السفر لحاجة ثم يعود والآخر مقيم فالمقيم

أولى بالحضانة لان فى المسافرة بالولد إضراراً به ، وان كان متنقلا الى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوفا أو البلد الذى ينتقل اليه مخوفا فالمقيم أولى بالحضانة لأن فى السفر به خطراً به ، ولو اختار الولد السفر فى هذه الحال لم يجب اليه لأن فيه تغريراً به ، وان كان البلد الذى ينتقل اليه آمنا وطريقه آمن فالاب أحق به سواء كان هو المقيم أو المنتقل الا أن يكون بين البلدين قريب بحيث يراهم الأب كل يوم ويرونه فتكون الام على حضانتها .

وقال القاضى اذا كان السفر دون مسافة القصر فهو فى حكم الاقامة ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، لان ذلك فى حكم الاقامة فى غير هذا الحكم فكذلك فى هذا . ولأن مراعاة الأب له ممكنة ، والمنصوص عن أحمد ما ذكرناه وهو أولى ، لان البعد الذى يمنعه من رؤيته يمنعه من تأديبه وتعليمه ومراعاة حاله فأشبه مسافة القصر ، وبما ذكرناه من تقديم الأب عند افتراق الدار بهما قال شريح ومالك والشافعى .

وقال أصحاب الرأى ان انتقل الاب فالام أحق به ، وان انتقلت الام الى البلد الذى كان فيه أصل النكاح فهى أحق وان انتقلت الى غيره فالاب أحق .

وحكى عن أبى حنيفة ان انتقلت من بلد الى قرية فالاب أحق ، وان انتقلت الى بلد آخر فهى أحق لان فى البلد يمكن تعليمه وتخريجه .

ولنا أنه اختلف مسكن الأبوين فكان الأب أحق كما لو انتقلت من بلد الى قرية أو الى بلد لم يكن فيه أصل النكاح ، وما ذكروه لا يصح لان الاب فى العادة هو الذى يقوم بتأديب ابنه وتخريجه وحفظ نسبه فإذا لم يكن فى بلده ضاع فأشبه ما لو كان فى قرية ، وان انتقلا جميعا الى بلد واحد فالأم باقية على حضانتها ، وكذلك ان أخذه الاب لافتراق البلدين ثم اجتمعا عادت الى الام حضانتها ، وغير الام ممن له الحضانه من النساء يقوم مقامها وغير الأب من عصبات الولد يقوم مقامه عند عدمهما أو كونهما من غير أهل الحضانة .

« مسألة » قال ( فإن لم تكن أم أو تزوجت الام فأم الاب أحق من الخالة )

فى هذه المسأله فصلان . أحدهما : أن الأم اذا تزوجت سقطت حضانتها .

قال ابن المنذر . أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم قضى به شريح وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأى ، وحكى عن الحسن أنها لا تسقط بالتزويج

ونقل مهنا عن أحمد إذا تزوجت الأم وابنها صغير أخذ منها ، قيل له فالجارية مثل الصبي ؟ قال لا ، الجارية تكون معها الى سبع سنين ؛ فظاهر هذا أنه لم يزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها وأزالها عن الغلام .

ووجه ذلك ما روى « أن علياً وجعفراً وزيد بن حارثة تنازعوا فى حضانة ابنة حمزة فقال على ابنة عمى وأنا اخذتها ، وقال زيد بنت أخى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم آخى بين زيد وحمزة ، وقال جعفر بنت عمى وعندى خالتها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الخالة أم وسلمها الى جعفر » رواه أبو داود بنحو هذا المعنى فجعل لها الحضانة وهى مزوجة .

والرواية الأولى هى الصحيحة ، قال ابن أبى موسى : عليها العمــــل لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم للمرأة « أنت أحق به مالم تنكحى » ولأنها إذا تزوجت اشتغلت بحقوق الزوج عن الحضانة فكان الأب أحظ له ولأن منافعها تكون مملوكة لغيرها فأشبهت المملوكة .

فأما بنت حمزة فإنما قضى بها لخالتها لأن زوجها من أهل الحضانة ولأنه لا يساويه فى الاستحقاق إلا على ، وقد ترجح جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة فكان أولى وعلى هذا متى كانت المرأة متزوجة لرجل من أهل الحضانة كالجدة تكون متزوجة للجد لم تسقط حضانتها لأنه يشاركها فى الولادة والشفقة على الولد فأشبه الأم إذا كانت متزوجة للأب ولو تنازع العمان فى الحضانة وأحدهما متزوج للأم أو الخالة فهو أحق لحديث بنت حمزة ، وكذلك كل عصبتين تساويا وأحدهما متزوج بمن هى من أهل الحضانة قدم بها لذلك ، وظاهر قول الخرقى : أن التزويج بأجنبى يسقط الحضانة بمجرد العقد . وان عرى عن الدخول وهو قول الشافعى ، ويحتمل أن لا تسقط إلا بالدخول وهو قول مالك لأن به تشتغل عن الحضانة .

ووجه الاول قول النبى صلى الله عليه وسلم « أنت أحق به مالم تنكحى » وقد وجد النكاح قبل الدخول ولأن بالعقد يملك منافعها ويستحق زوجها منعها من حضانته فزال حقها كما لو دخل بها .

## الفصل الثاني

أن الام اذا عدمت أو تزوجت أو لم تكن من أهل الحضانة واجتمعت أم أب وخالة فأم الأب أحق ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي فى الجديد . وحكى ذلك عن مالك وأبى ثور

وروى عن أحمد أن الأخت والخالة أحق من الأب ، فعلى هذا يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الأب ، وهو قول الشافعي القديم لانها تدلى بأم ، وأم الأب تدلى به ، فقدم من يدلى بالام كتقديم أم الام على أم الاب ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بينت حمزة لخالتها وقال « الخالة أم »

ولنا أن أم الاب جدة وارثة فقدمت على الخالة كأم الام ، ولأن لها ولادة ووراثة فأشبهت أم الام ، فأما الحديث فيدل على أن للخالة حقا فى الجملة وليس النزاع فيه انما النزاع فى الترجيح عند الاجتماع .

وقولهم تدلى بأم ، قلنا لكن لا ولادة لها فيقدم عليها من له ولادة كتقديم أم الام على الخالة ، فعلى هذا متى وجدت جدة وارثة فهى أولى ممن هو من غير عمودى النسب بكل حال وان علت درجتها لفضيلة الولادة والوراثة . فأما أم أبى الام فلا حضانة لها لانها تدلى بأبى الام ولا حضانة له ولا من أدلى به .

( فصل ) فإن اجتمعت أم أم وأم أب فأم الام أحق وان علت درجتها لان لها ولادة ، وهى تدلى بالام التى تقدم على الاب ، فوجب تقديمها عليها كتقديم الام على الاب .

وعن أحمد أن أم الاب أحق ، وهو قياس قول الخرقى لانه قدم خالة الأب على خالة الام ، وخالة الاب أخت أمه ، وخالة الام اخت امها ، فإذا قدم أخت أم الاب دل على تقديمها ، وذلك لأنها تدلى بعصبة مع مساواتها للأخرى فى الولادة فوجب تقديمها ، كتقديم الاخت من الاب على الاخت من الام ، وإنما قدمت الام على الاب لانها التى تلى الحضانة بنفسها فكذلك أمه فإنها أنثى تلى بنفسها فقدمت لما ذكرناه .

«مسألة» قال (والاخت من الاب أحق من الاخت من الام وأحق من الخالة)

وجملته أنه اذا عدم من يستحق الحضانة من الآباء والامهات وان علوا انتقلت الى الاخوات وقدمن على سائر القرابات كالخالات والعمات وغيرهن، لأنهن شاركن فى النسب وقدمن فى الميراث، ولان العمات والخالات انما يدلين بأخوة الآباء والامهات ولا ميراث لهن مع ذى فرض ولا عصبة فالمدلى الى نفس المكفول ويرثه أقرب وأشفق فكان أولى، وأولى الاخوات من كان لأبوين لقوة قرابتها ثم من كان لاب ثم من كان لام نص عليه أحمد، وهو ظاهر مذهب الشافعى.

وقال ابو حنيفة: الاخت من الام أولى من الاخت من الاب، وهو قول المزنى وابن سريج لانها أدلت بالأم فقدمت على المدلية بالأب كأم الام مع أم الاب. وقال ابن سريج: تقدم الخالة على الاخت من الاب لذلك: ولابى حنيفة فيه روايتان:

ولنا أن الاخت من الاب أقوى فى الميراث فقدمت كالاخت من الابوين ولا تخفى قوتها فانها أقيمت مقام الاخت من الابوين عند عدمها وتكون عصبة مع البنات وتقاسم الجد، وما ذكروه من الادلاء لايلزم لان الاخت تدلى بنفسها لكونهما خلقا من ماء واحد ولها تعصيب فكانت أولى والله أعلم.

«مسألة» قال (وخالة الاب أحق من خالة الام)

وجملته انه اذاعدمت الامهات والآباء والاخوات انتقلت الحضانة الى الخالات ويقدمن على العمات، نص عليه احمد، ويحتمل كلام الخرقى تقديم العمات لأنه قدم خالة الاب وهى أخت أمه على خالة الام وهى أخت أمها، فيدل ذلك على تقديم قرابة الاب على قرابة الام، ولانهن يدلين بعصبة فقدمن كتقديم الاخت من الاب على الاخت من الام.

وقال القاضى: مراد الخرقى بقوله خالة الاب أى الخالة من الاب تقدم على الخالة من الام كتقديم الاخت من الاب على الاخت من الام، لان الخالات أخوات الام فيجرين فى الاستحقاق والتقديم فيما بينهن مجرى الاخوات المفترقات وكذلك الحكم فى العمات المفترقات، فان قلنا بتقديم الخالات فاذا انقرضن فالعمات

بعدهن ، وان قلنا بتقديم العمات فالخالات بعدهن ، فإذا عدمن انتقلت الى خالات الاب على قول الخرقى، وعلى القول الآخر الى خالات الام ، وهل يقدم خالات الاب على عماته ؟ على وجهين بناء على ما ذكرنا فى الخالات والعمات ، فأما عمات الام فلا حضانة لهن لأنهن يدلين بأبى الام ، وهو رجل من ذوى الأرحام لا حضانة له ولا لمن أدلى به .

( فصل ) وللرجال من العصبات مدخل فى الحضانة وأولاهم الاب ثم الجد أبو الاب وان علا ثم الاخ من الابوين ثم الاخ من الاب ثم بنوهم وان سفلوا على ترتيب الميراث ثم العمومة ثم بنوهم كذلك ثم عمومة الاب ثم بنوهم ، وهذا قول الشافعى . وقال بعض أصحابه: لاحضانة لغير الآباء والاجداد لأنهم لامعرفة لهم بالحضانة ولا لهم ولاية بأنفسهم فلم يكن لهم حضانة كالاجانب .

ولنا أن علياً وجعفراً اختصما فى حضانة ابنة حمزة فلم ينكر عليهم النبى (ص) ادعاء الحضانة ، ولان لهم ولاية وتعصيبا بالقرابة فتثبت لهم الحضانة كالاب والجد ، وفارق الاجانب فإنهم ليست لهم قرابة ولا شفقة ، ولأن الاجانب تساووا فى عدم القرابه فليس واحد منهم أولى بالتقديم من الآخر ، والعصبات لهم قرابة يمتازون بها وأحقهم بالحضانة أحقهم بالميراث بعد الاباء والاجداد ، ويقومون مقام الاب فى التخيير للصبى بينه وبين الام أو غيرها ممن له الحضانة من النساء ويكونون أحق بالجارية اذا بلغت سبعا الا ابن العم فإن الجارية لاتسلم اليه اذا بلغت سبعا لانه ليس بمحرم لها .

( فصل ) فأما الرجال من ذوى الارحام كالخال والاخ من الام وأبى الام وابن الاخت فلا حضانة لهم مع وجود أحد من أهل الحضانة سواهم لأنه ليس بامرأة يتولى الحضانة ولا له قوة قرابة كالعصبات ولا حضانة الا بمن يدلى بهم كأم أبى الأم وابنة الخال وابنة الاخ من الام لأنهن يدلين بمن لا حضانة له ، فإذا لم تثبت للمدلى فللمدلين به أولى ، فإن لم يكن هناك غيرهم احتمل وجهين :

أحدهما هم أولى لأن لهم رحما وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم كذلك الحضانة تكون لهم عند عدم من هو أولى بها منهم . والثانى لا حق لهم فى الحضانة وينتقل الأمر الى الحاكم والاول أولى .

( فصل في بيان الأولى فالاولى من أهل الحضانة عند اجتماع الرجال والنساء )

أولى الكل بها الأم ثم أمهاتها وإن علون ، يقدم منهن الأقرب فالأقرب لانهن نساء ولادتهن متحققة فهي في معنى الأم .

وعن أحمد أن أم الأب وأمهاتها مقدمات على أم الأم ، فعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم لانهن يدلين به فيكون الاب بعد الام ، ثم أمهاته ، والاولى هي المشهورة عند أصحابنا وأن المقدم الام ثم أمهاتها ، ثم الاب ثم أمهاته ثم الجد ثم أمهاته ثم جد الاب ثم أمهاته وإن كن غير وارثات، لانهن يدلين بعصبة من أهل الحضانة بخلاف أم أبي الام .

وحكى عن أحمد رواية أخرى أن الاخت من الام والخالة أحق من الاب فتكون الاخت من الابوين أحق منه ومنهما ومن جميع العصبات ، والاولى هي المشهورة في المذهب .

فإذا انقرض الآباء والامهات انتقلت الحضانة إلى الاخوات ، وتقدم الاخت من الابوين وثم الاخت من الاب ، ثم الاخت من الام ، وتقدم الاخت على الاخ لانها امرأة من اهل الحضانة ، فقدمت على من في درجتها من الرجال كالام تقدم على الاب وام الاب على ابي الاب وكل جدة في درجة جد تقدم عليه لانها تلي الحضانة بنفسها والرجل لايليها بنفسه .

وفيه وجه آخر انه يقدم عليها لانه عصبة بنفسه ؛ والاول اولى ؛ وفي تقديم الاخت من الابوين أو من الاب على الجد وجهان . وإذا لم تكن اخت فالاخ للأبوين اولى ثم الاخ للأب ثم ابناؤهما ؛ ولا حضانة للأخ للأم لما ذكرنا ، فإذا عدموا صارت الحضانة للخالات على الصحيح وترتيبهن فيها كترتيب الاخوات ، ولا حضانة للأخوال فإذا عدمن صارت للعمات ويقدمن على الاعمام كتقديم الاخوات على الاخوة ؛ ثم للعم للأبوين ؛ ثم للعم للأب ولا حضانة للعم من الام ، ثم ابناؤهما ثم إلى خالات الاب على قول الخرقي ، وعلى القول الاخر إلى خالات الام ثم إلى عمات الاب ولا حضانة لعمات الام لانهن يدلين بأب الام ولا حضانة له ؛ وان اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة في درجة قدم المستحق منهم بالقرعة .

(فصل) فإن تركت الام الحضانة مع استحقاقها لها ففيه وجهان.

أحدهما: تنتقل إلى الاب لان أمهاتها فرع عليها فى الاستحقاق فإذا أسقطت حقها سقط فروعها.

والثانى: تنتقل إلى أمها وهو أصح لان الاب أبعد فلا تنتقل الحضانة اليه مع وجود أقرب منه، كما لا تنتقل إلى الاخت، وكونهن فروعا لها لا يوجب سقوط حقوقهن بسقوط حقها، كما لو سقط حقها لكونها من غير أهل الحضانة أو لتزوجها، وهكذا الحكم فى الاب إذا أسقط حقه هل يسقط حق أمهاته؟ على وجهين، وإن كانت أخت من أبوين واخت من أب فأسقطت الاخت من الابوين حقها لم يسقط حق الاخت من الاب، لان استحقاقها من غير جهتها وليست فرعا عليها.

«مسألة» قال (وإذا أخذ الولد من الام إذا تزوجت ثم طلقت رجعت على حقها من كفالته)

وبهذا قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى، إلا ان ابا حنيفة والمزنى قال إن كان الطلاق رجعيا لم يعد حقها، لان الزوجية قائمة، فأشبه مالو كانت فى صلب النكاح.

ولنا أنها مطلقة فعاد حقها من الحضانة كالبائن، وقولهم إنها زوجة، قلنا الا انه قد عزلها عن فراشه ولم يبق لها عليه قسم ولا لها به شغل، وعقد سبب زوال نكاحها فأشبهت البائن فى عدتها، ويخرج عندنا مثل قولها لكون النكاح قبل الدخول مزيلا لحق الحضانة مع عدم القسم والشغل بالزوج.

(فصل) وكل قرابة تستحق بها الحضانة منع منها مانع، كرق أو كفر أو فسوق أو جنون أو صغر، اذا زال المانع مثل أن عتق الرقيق وأسلم الكافر، وعدل الفاسق، وعقل المجنون: وبلغ الصغير عاد حقهم من الحضانة لان سببها قائم، وانما امتنعت لمانع فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم، كالزوجة اذا طلقت.

« مسألة » قال ( وإذا تزوجت المرأة فلزوجها أن يمنعها من رضاع ولدها إلا أن يضطر اليها ويخشى عليه التلف )

وجملة ذلك : أن للزوج منع امرأته من رضاع ولدها من غيره ومن رضاع ولد غيرها إلا أن يضطر اليها لأن عقد النكاح يقتضى تمليك الزوج الاستمتاع فى كل الزمان من كل الجهات سوى أوقات الصلوات، والرضاع يفوت عليه الاستمتاع فى بعض الأوقات فكان له المنع كالخروج من منزله ، فإن اضطر الولد بأن لا توجد مرضعة سواها أو لا يقبل الولد الارتضاع من غيرها وجب التمكين من ارضاعه لانها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها فقدم على حق الزوج كتقديم المضطر على المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته .

( فصل ) فإن أرادت ارضاع ولدها منه فكلام الخرقى يحتمل وجهين .

أحدهما : أن له منعها من رضاعه لعموم لفظه وهو قول الشافعى لانه يخل باستمتاعه منها فأشبه ما لو كان الولد من غيره .

والثانى : ليس له منعها فإنه قال وان أرادت رضاع ولدها بأجرة مثلها فهى أحق به من غيرها سواء كانت فى حبال الزوج أو مطلقة وذلك لقول الله تعالى ( والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ) وهذا خبر يراد به أمر وهو عام فى كل والدة ، ولا يصح من أصحاب الشافعى حمله على المطلقات لأنه جعل لهن رزقهن وكسوتهن وهم لا يجيزون جعل ذلك أجر الرضاع ولا غيره .

وقولنا فى الوجه الأول إنه يخل باستمتاعه ، قلنا : ولكن لإيفاء حق عليه وليس ذلك ممتنعا كما أن قضاء دينه بدفع ماله فيه واجب سيما إذا تعلق به حق الولد فى كونه مع أمه وحق الأم فى الجمع بينها وبين ولدها ، وهذا الوجه ظاهر كلام ابن أبى موسى وهو ظاهر كلام القاضى أبى يعلى .

( فصل ) وان آجرت المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صح النكاح ولم يملك الزوج فسخ الإجارة وله منعها من الرضاع حتى تنقضى المدة لان منافعها ملكت بعقد سابق على نكاحه فأشبه مالو اشترى أمة مستأجرة أو داراً مشغوله ، فإن نام

الصبي أو اشتغل بغيرها فللزوج الاستمتاع ، وليس لولي الصبي منعه ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك : ليس له وطؤها الا برضاء الولي لان ذلك ينقص اللبن .

ولنا أن وطء الزوج مستحق بالعقد فلا يسقط بأمر مشكوك فيه كما لو أذن الولي فيه ولانه يجوز له الوطء مع إذن الولي لجاز مع عدمه لانه ليس للولي الاذن فيما يضر الصبي ويسقط حقوقه .

( فصل ) وان أجرت المرأة المزوجة نفسها للرضاع بإذن زوجها جاز ولزم العقد لأن الحق لهما ولا يخرج عنهما ، وإن آجرتها بغير اذن الزوج لم يصح لما يتضمن من تفويت حق زوجها ، وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، والآخر يصح لانه تناول محلا غير محل النكاح لكن للزوج فسخه لانه يفوت به الاستمتاع ويختل . ولنا أنه عقد يفوت به حق من ثبت له الحق بعقد سابق فلم يصح كإجارة المستأجر .

« مسأله » قال ( وعلى الأب أن يسترضع لولده إلا أن تشاء الام أن ترضعه بأجرة مثلها فتكون أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقه ) .

الكلام في هذه المسأله في فصلين :

أولهما : أن رضاع الولد على الأب وحده وليس له إجبار أمه على رضاعه دنيئة كانت أو شريفة سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة ولا نعلم في عدم إجبارها على ذلك إذا كانت مفارقة خلافا ، فأما إن كانت مع الزوج فكذلك عندنا ، وبه يقول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي .

وقال ابن أبي ليلي والحسن بن صالح له إجبارها على رضاعها وهو قول أبي ثور ورواية عن مالك لقول الله تعالى ( والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد ان يتم الرضاعة ) والمشهور عن مالك انها ان كانت شريفة لم تجر عادة مثلها بالرضاع لولدها لم تجبر عليه، وان كانت ممن ترضع في العادة اجبرت عليه .

ولنا قوله تعالى ( وان تعاسرتم فسترضع له اخرى ) وإذا اختلفا فقد تعاسرا ولأن الإجبار على الرضاع لايخلو إما ان يكون لحق الولد او لحق الزوج او لهما . لا يجوز ان يكون لحق الزوج فانه لا يملك اجبارها على رضاع ولده من غيرها

ولا على خدمته فيما يختص به ، ولا يجوز أن يكون لحق الولد فإن ذلك لو كان له للزمها بعد الفرقة ولأنه مما يلزم الوالد لولده فلزم الأب على الخصوص كالنفقة أو كما بعد الفرقة ، ولا يجوز أن يكون لهما لأن ما لا مناسبة فيه لا يثبت الحكم بانضمام بعضه الى بعض ولأنه لو كان لهما لثبت الحكم به بعد الفرقة والآية محمولة على حال الاتفاق وعدم التعاسر .

الفصل الثانى : أن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلها فهى أحق به سواء كانت فى حال الزوجية أو بعدها وسواء وجد الأب مرضعة متبرعة أو لم يجد .

وقال أصحاب الشافعى ان كانت فى حبال الزوج فلزوجها منعها من إرضاعه لأنه يفوت حق الاستمتاع بها فى بعض الأحيان وان استأجرها على رضاعه لم يجز لأن المنافع حق له فلا يجوز أن يستأجر منها ماهو أو بعضه حق له وان أرضعت الولد فهل لها أجر المثل ؟ على وجهين .

وان كانت مطلقة وطلبت أجر المثل فأراد انتزاعه منها ليسلمه الى من ترضعه بأجر المثل أو أكثر لم يكن له ذلك وان وجد متبرعة أو من ترضعه بدون أجر المثل فله انتزاعه منها فى ظاهر المذهب لأنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها . وقال أبو حنيفة : إن طلبت الأجر لم يلزم الأب بذلها لها ولا يسقط حقها من الحضانة وتأتى المرضعة ترضعه عندها لانه أمكن الجمع بين الحقين فلم يجز الإخلال بأحدهما .

ولنا على الاول ما تقدم وعلى جواز الاستئجار أنه عقد إجارة يجوز من غير الزوج اذا أذن فيه لجاز مع الزوج كإجارة نفسها للخياطة أو الخدمة ، وقولهم : ان المنافع مملوكة له غير صحيح فإنه لو ملك منفعة الحضانة لملك اجبارها عليها ولم تجز اجارة نفسها لغيره بإذنه ولكانت الاجرة له وانما امتنعت اجارة نفسها لاجنبي بغير اذنه لما فيه من تفويت الاستمتاع فى بعض الاوقات ولهذا جازت بإذنه واذا استأجرها فقد أذن لها فى اجارة نفسها فصح كما يصح من الاجنبي .

وأما الدليل على وجوب تقديم الام اذا طلبت أجر مثلها على المتبرعة فقوله تعالى ( والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة

وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، وقوله سبحانه ( فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ) ولأن الأم أحنى وأشفق ولبنها أمرأ من لبن غيرها فكانت أحق به من غيرها كما لو طلبت الأجنبية رضاعه بأجر مثلها ولأن فى رضاع غيرها تفويتاً لحق الأم من الحضانة واضراراً بالولد لا يجوز تفويت حق الحضانة الواجب والإضرار بالولد لغرض اسقاط حق أوجبه الله تعالى على الأب .

وقول أبى حنيفة يفضى الى تفويت حق الولد من لبن أمه وتفويت الأم فى إرضاعه لبنها فلم يجز ذلك كما لو تبرعت برضاعه ، فأما ان طلبت الأم أكثر من أجر مثلها ووجد الأب من ترضعه بأجر مثلها أو متبرعة جاز انتزاعه منها لأنها أسقطت حقها باشتطاطها وطلبها ما ليس لها فدخلت فى عموم قوله ( فسترضع له أخرى ) وان لم يجد مرضعة الا بمثل تلك الأجرة فالام أحق لأنهما تساوتا فى الاجر فكانت الام أحق كما لو طلبت كل واحدة منهما أجر مثلها .

( فصـــل )

وإن طلبت ذات الزوج الاجنبى إرضاع ولدها بأجرة مثلها بإذن زوجها ثبت حقها وكانت أحق به من غيرها لأن الأم إنما منعت من الارضاع لحق الزوج فإذا أذن فيه زال المانع فصارت كغير ذات الزوج ، وان منعها الزوج سقط حقها لتعذر وصولها الى ذلك .

( فصل ) وان أرضعت المرأة ولدها وهى فى حبال والده فاحتاجت الى زيادة نفقة لزمه لقول الله تعالى ( وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ) ولأنها تستحق عليه قدر كفايتها فإذا زادت حاجتها زادت كفايتها والله أعلم .

# باب نفقة المماليك

« مسألة » قال رحمه الله ( وعلى ملاك المملوكين أن ينفقوا عليهم ويكسوهم بالمعروف )

وجملة ذلك : أن نفقة المملوكين على ملاكهم ثابتة بالسنة والإجماع . أما السنة فما روى أبو ذر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فإن كلفتموهم فأعينوهم » متفق عليه .

وروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ولا يكلف من العمل ما لا يطيق » رواه الشافعي في مسنده ، وأجمع العلماء على وجوب نفقة المملوك على سيده ولانه لا بد له من نفقه ومنافعه لسيده وهو أخص الناس به فوجبت نفقته عليه كبهيمته والواجب من ذلك قدر كفايته من غالب قوت البلد سواء كان قوت سيده أو دونه أو فوقه وأدم مثله بالمعروف لقوله عليه السلام « للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف » .

والمستحب أن يطعمه من جنس طعامه لقوله « فليطعمه مما يأكل » فجمعنا بين الخبرين ، وحملنا خبر أبي هريرة على الاجزاء ، وحديث خبر أبي ذر على الاستحباب والسيد مخير بين أن يجعل نفقته من كسبه ان كان له كسب وبين أن ينفق عليه من ماله ويأخذ كسبه أو يجعله برسم خدمته لان الكل ماله فان جعل نفقته في كسبه فكانت وفق الكسب صرفه اليها ، وان فضل من الكسب شيء فهو لسيده ، وان كان فيه عوز فعلى سيده تمامها .

وأما الكسوة فبالمعروف من غالب الكسوة لامثال العبد في ذلك البلد الذي هو به والاولى أن يلبسه من لباسه لقوله عليه السلام « وليلبسه مما يلبس » .

ويستحب أن يساوي بين عبيده الذكور في الكسوة والإطعام وبين امائه ان كن للخدمة أو الاستمتاع ، وان كان فيهن من هو للخدمة وفيهن من هو للاستمتاع فلا بأس بزيادة من يزيدها للاستمتاع في الكسوة لأن ذلك حكم العرف ولأن غرضه تجميل من يزيدها للاستمتاع بخلاف الخادمة .

( فصــــل )

إذا تولى أحدهم طعامه استحب له أن يجلسه معه فيأكل ، فإن لم يفعل استحب أن يطعمه منه ولو لقمه لقمة أو لقمتين ، لما روى ابو هريرة ان النبي ( ص ) قال « إذا كفى أحدكم خادمه طعامه حره ودخانه فليدعه وليجلسه ، فإن أبى فليروغ له اللقمة واللقمتين» رواه البخارى ، ومعنى ترويغ اللقمة غمسها فى المرق والدسم وترويتها بذلك ويدفعها إليه ، ولأنه يشتهيه لحضوره فيه وتوليته إياه ؛ وقد قال الله تعالى ( واذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه ) الآية ، ولأن نفس الحاضر تتوق مالا تتوق نفس الغائب

( فصل ) ولا يكلفه من العمل مالا يطيق ، وهو ما يشق عليه ويقرب من العجز عنه لحديث ابى ذر ولأن ذلك يضر به ويؤذيه وهو ممنوع من الإضرار به .

( فصل ) ولا يجبر المملوك على المخارجة ، ومعناه ان يضرب عليه خراجاً معلوما يؤديه وما فضل للعبد لأن ذلك عقد بينهما فلا يجبر عليه كالكتابة ، وان طلب العبد ذلك وأباه لم يجبر عليه أيضا ، فإن اتفقا على ذلك جاز ، لما روى أن أبا طيبة حجم النبي صلى الله عليه وسلم فأعطاه أجره وأمر مواليه ان يخففوا عنه من خراجه ؛ وكان كثير من الصحابة يضربون على رقيقهم خراجا ، فروى أن الزبير كان له ألف مملوك على كل واحد منهم كل يوم درهم ، وجاء أبو لؤلؤة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب فسأله أن يسأل المغيرة بن شعبة يخفف عنه من خراجه ثم ينظر فإن كان ذا كسب يجعل عليه بقدر مايفضل من كسبه عن نفقته وخراجه شيء جاز فإن لهما به نفعا ، فإن العبد يحرص على الكسب وربما فضل معه شيء يزيده فى نفقته ويتسع به ، وإن وضع عليه أكثر من كسبه بعد نفقته لم يجز ، وكذلك إن كلف من لا كسب له المخارجة لم يجز لما روى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال : لا تكلفوا الصغير الكسب فإنكم متى تكلفوه الكسب سرق ، ولا تكلفوا المرأة غير ذات الصنعة الكسب ، فإنكم متى كلفتموها الكسب كسبت بفرجها ، ولانه متى كلف غير ذى الكسب خراجا كلفه ما يغلبه ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تكلفوهم ما يغلبهم » وربما حمله ذلك على ان يأتى به من غير وجهه فلم يكن للسيد أخذه .

## فصـــل

وإذا مرض المملوك أو زمن أو عمى أو انقطع كسبه فعلى سيده القيام به والإنفاق عليه ، لأن نفقته تجب بالملك ، ولهذا تجب مع الصغر والملك باق مع العمى والزمانة فتجب نفقته مع عموم النصوص المذكورة فى أول الباب .

« مسألة » قال ( وأن يزوج المملوك اذا احتاج الى ذلك )

وجملة ذلك انه يجب على السيد إعفاف مملوكه اذا طلب ذلك ، وهو أحد قولى الشافعى ، وقال أبو حنيفة ومالك : لا يجبر عليه لأن فيه ضرراً عليه وليس مما تقوم به البنية فلم يجبر عليه كإطعام الحلواء .

ولنا قوله تعالى ( وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم ) والامر يقتضى الوجوب ولا يجب الا عند الطلب . وروى عن عكرمة عن ابن عباس قال : من كانت له جارية فلم يزوجها ولم يصبها أو عبد فلم يزوجه فما صنعا من شيء كان على السيد ولولا وجوب إعفافهما لما لحق السيد الاثم بفعلهما ، ولانه مكلف محجور عليه دعى الى تزويجه فلزمته إجابته كالمحجور عليه للسفه ، ولأن النكاح مما تدعو اليه الحاجة غالبا ويتضرر بفواته فأجبر عليه كالنفقة بخلاف الحلواء .

إذا ثبت هذا فالسيد مخير بين تزويجه أو تمليكه أمة يتسراها ، وله أن يزوجه عند طلبه لان هذا مما يختلف الناس فيه وفى الحاجة اليه ولا تعلم حاجته الا بطلبه ولا يجوز تزويجه إلا باختياره ، فان إجبار العبد الكبير على النكاح غير جائز ، فأما الأمة فالسيد مخير بين تزويجها إذا طلبت ذلك وبين أن يستمتع بها فيغنيها باستمتاعه عن غيره ، لأن المقصود قضاء الحاجة وازالة ضرر الشهوة ، وذلك يحصل بأحدهما فلم يتعين أحدهما .

( فصـــل ) واذا كان للعبد زوجة فعلى سيده تمكينه من الاستمتاع بها ليلا لان اذنه فى النكاح اذن فى الاستمتاع المعتاد والعادة جارية بذلك ليلا وعليه نفقة زوجته على ما قدمنا .

« مسألة » قال ( فإن امتنع أجبر على بيعه اذا طلب المملوك ذلك )

وجملته أن السيد اذا امتنع مما يجب للعبد عليه من نفقة أو كسوة أو تزويج فطلب العبد البيع أجبر سيده عليه ، سواء كان امتناع السيد من ذلك لعجزه عنه أو مع قدرته عليه ، لأن بقاء ملكه عليه مع الاخلال بسد خلاته إضرار به وازالة الضرر واجبة فوجبت ازالته ، ولذلك أبحنا للمرأة فسخ النكاح عند عجز زوجها عن الانفاق عليها .

وقد روى فى بعض الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « عبدك يقول أطعمني والا فبعني ، وامرأتك تقول أطعمني أو طلقني» وهذا يدل بمفهومه على أن السيد متى وفى بحقوق عبده فطلب العبد بيعه لم يجبر السيد عليه ، وقد نص عليه أحمد . قال أبو داود : قيل لأبي عبد الله رحمه الله استباعت المملوكة وهو يكسوها مما يلبس ويطعمها مما يأكل . قال : لا تباع وان أكثرت من ذلك الا أن تحتاج الى زوج فتقول زوجني ؛ وقال عطاء واسحاق فى العبد : يحسن اليه سيده وهو يستبيع . لا يبعه ، لأن الملك للسيد والحق له فلا يجبر على ازالته من غير ضرر بالعبد ، كما لا يجبر على طلاق زوجته مع القيام بما يجب لها ، ولا على بيع بهيمته مع الانفاق عليها .

« مسألة » قال ( وليس عليه نفقة مكاتبه الا أن يعجز )

لا خلاف فى أن المكاتب لا تلزم سيده نفقته ، لأن الكتابة عقد أوجب ملك المكاتب اكساب نفسه ومنافعه ومنع السيد من التصرف فيهما فلا يملك استخدامه ولا اجارته ولا اعارته ولا أخذ كسبه ولا أرش الجناية عليه ، ولا يلزمه أداء أرش جنايته فسقطت نفقته عنه كما لو باعه أو أعتقه . فإذا عجز عاد رقيقا قنا وعاد اليه ملك نفعه واكسابه فعادت عليه نفقته ، كما لو اشتراه بعد بيعه .

« مسألة » قال ( وليس له أن يسترضع الامة لغير ولدها الا ان يكون فيها فضل عن ربه )

أما إذا أراد استرضاع أمته لغير ولدها مع كونه لا يفضل عنه فليس له ذلك لأن فيه إضراراً بولدها لنقصه من كفايته وصرف اللبن المخلوق لولدها إلى غيره مع حاجته إليه فلم يجز، كما لو أراد أن ينقص الكبير من كفايته ومؤنته، فإن كان فيها فضل عن رى ولدها جاز، لأنه ملكه وقد استغنى عنه الولد فكان له استيفاؤه كالفاضل من كسبها عن مؤنتها، وكما لو مات ولدها وبقى لبنها.

« مسألة » قال ﴿ وإذا رهن المملوك أنفق عليه سيده ﴾

وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه ونفقته من غرمه » ولانه ملك الراهن ونماؤه له فكانت عليه نفقته كغير الرهن، وقد ذكرت هذه المسألة فى باب الرهن.

« مسألة » قال ( وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه ).

إنما كان كذلك لان نفقة العبد على سيده وقد قام الذى جاء به مقام سيده فى الواجب عليه فرجع به عليه، كما لو أذن له، وقال الشافعى: لا يرجع بشىء لانه متبرع بانفاق لم يجب عليه.

ولنا أنه أدى عنه ما وجب عليه عند تعذر أدائه منه فرجع به عليه، كما لو أدى الحاكم عن الممتنع من الإنفاق على امرأته ما يجب عليه من النفقه، ويتخرج ان لا يرجع بشىء بناء على الرواية الاخرى فيمن انفق على الرهن الذى عنده أو الوديعة او الجمال إذا هرب الجمال فتركها مع المستأجر.

(فصل) وله تأديب عبده وامته إذا اذنبا بالتوبيخ والضرب الخفيف، كما يؤدب ولده وامرأته فى النشوز، وليس له ضربه على غير ذنب، ولا ضربه ضرباً مبرحا وان اذنب، ولا لطمه فى وجهه.

وقد روى عن ابن مقرن المزنى قال: لقد رأيتنى سابع سبعة ليس لنا إلا خادم واحد فلطمها أحدنا فأمرنا النبى صلى الله عليه وسلم باعتاقها فأعتقناها.

وروى عن أبى مسعود قال: كنت اضرب غلاماً لى فاذا رجل من خلفى يقول « إعلم ابا مسعود، إعلم ابا مسعود » فالتفت فاذا النبى صلى الله عليه وسلم يقول « إعلم أبا مسعود أن الله أقدر عليك منك على هذا الغلام »

(فصل) ومن ملك بهيمة لزمه القيام بها والانفاق عليها ما تحتاج إليه من علفها أو اقامة من يرعاها ، لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « عذبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت جوعا ، فلا هي أطعمتها ولا ارسلتها تأكل من خشاش الأرض » متفق عليه . فإن امتنع من الإنفاق عليها اجبر على ذلك ، فان أبى او عجز اجبر على بيعها او ذبحها ان كانت مما يذبح .

وقال أبو حنيفة : لا يجبره السلطان بل يأمره به كما يأمره بالمعروف وينهاه عن المنكر ، لأن البهيمة لا يثبت لها حق من جهة الحكم ، الا ترى انه لا تصح منها الخصومة ولا ينصب عليها خصم فصارت كالزرع والشجر

ولنا أنها نفقة حيوان واجبة عليه فكان للسلطان اجباره عليها كنفقة العبيد ، ويفارق نفقة الشجر والزرع فانها لا تجب، فان عجز عن الانفاق وامتنع من البيع بيعت عليه كما يباع العبد اذا طلب البيع عند اعسار سيده بنفقته، وكما يفسخ نكاحه اذا اعسر بنفقة امرأته ، وان عطبت البهيمة فلم ينتفع بها، فان كانت مما يؤكل خير بين ذبحها والانفاق عليها ، وان كانت مما لا يؤكل اجبر على الانفاق عليها كالعبد الزمن على ما ذكرناه فيما مضى ، ولا يجوز أن يحمل البهيمة ما لا تطيق لانها في معنى العبد ، وقد منع النبي صلى الله عليه وسلم تكليف العبد مالا يطيق ، ولان فيه تعذيباً للحيوان الذى له حرمة في نفسه واضراراً به وذلك غير جائز ، ولا يحلب من لبنها الا ما يفضل عن كفاية ولدها ، لان كفايته واجبة على مالكه وابن أمه مخلوق له ، فأشبه ولد الامة .

# كتاب الجراح

يعنى كتاب الجنايات ، وانما عبر عنها بالجراح لغلبة وقوعها به ، والجناية : كل فعل عدوان على نفس أو مال لكنها فى العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعدى على الأبدان وسموا الجنايات على الأموال غصباً ونهباً وسرقة وخيانة وإتلافا .

( فصل ) وأجمع المسلمون على تحريم القتل بغير حق والأصل فيه الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى ( ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ) وقال تعالى ( وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا الا خطأ ) وقال (ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم ) الآية . وأما السنة : فروى عبد الله بن مسعود قال : قال رسول الله ( ص ) « لا يحل دم امرىء مسلم يشهد أن لا إله الا الله وأنى رسول الله إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزانى والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » متفق عليه .

وروى عثمان وعائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله فى آى وأخبار سوى هذه كثيرة ، ولا خلاف بين الامة فى تحريمه فإن فعله إنسان متعمداً فسق وأمره الى الله إن شاء عذبه وان شاء غفر له وتوبته مقبولة فى قول أكثر أهل العلم ، وقال ابن عباس إن توبته لا تقبل للآية التى ذكرناها وهى من آخر ما نزل ، قال ابن عباس ولم ينسخها شىء ولأن لفظ الآية لفظ الخبر والأخبار لا يدخلها نسخ ولا تغيير لأن خبر الله تعالى لا يكون إلا صدقا .

ولنا قول الله تعالى (ان الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء) فجعله داخلا فى المشيئة ، وقال تعالى ( ان الله يغفر الذنوب جميعاً ) وفى الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم « ان رجلا قتل مائة رجل ظلما ثم سأل هل له من توبة ؟ فدل على عالم فسأله فقال : ومن يحول بينك وبين التوبة ولكن اخرج من قرية السوء الى القرية الصالحة فاعبد الله فيها فخرج تائباً فأدركه الموت فى الطريق فاختصمت فيه ملائكة الرحمة وملائكة العذاب فبعث الله اليهم ملكا فقال: قيسوا ما بين القريتين فالى أيهما كان أقرب فاجعلوه من أهلها فوجدوه أقرب إلى القرية

الصالحة بشبر لجعلوه من أهلها ، ولأن التوبة تصح من الكفر فمن القتل أولى ، والاية محمولة على من لم يتب أو على أن هذا جزاؤه ان جازاه وله العفو إذا شاء . وقوله لا يدخلها النسخ . قلنا لكن يدخلها التخصيص والتأويل

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ والقتل على ثلاثة أوجه : عمد وشبه العمد وخطأ ﴾

أكثر أهل العلم يرون القتل منقسما الى هذه الاقسام الثلاثة . روى ذلك عن عمر وعلى ، وبه قال الشعبي والنخعي وقتادة وحماد وأهل العراق والثوري والشافعي وأصحاب الرأى ، وأنكر مالك شبه العمد ، وقال ليس فى كتاب الله إلا العمد والخطأ ، فأما شبه العمد فلا يعمل به عندنا وجعله من قسم العمد .

وحكى عنه مثل قول الجماعة وهو الصواب لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله (ص) قال « ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل منها أربعون فى بطونها أولادها » رواه أبو داود .

وفى لفظ « قتيل خطأ العمد » وهذا نص يقدم على ماذكره وقسمه أبو الخطاب أربعة أقسام فزاد قسما رابعا وهو ما أجرى مجرى الخطأ نحو أن ينقلب نائم على شخص فيقتله أو يقع عليه من علو ، والقتل بالسبب كحفر البئر ونصل السكين وقتل غير المكلف أجرى الخطأ ، وان كان عمداً وهذه الصورة التى ذكرها عند الاكثرين من قسم الخطأ فإن صاحبها لم يعمد الفعل أو عمده وليس هو من أهل القصد الصحيح فسموه خطأ فأعطوه حكمه ، وقد صرح الخرقى بذلك فقال فى الصبي والمجنون عمدهما خطأ .

« مسأله » قال ﴿ فالعمد ما ضربه بحديده أو خشبة كبيرة فوق عمود الفسطاط أو حجر كبير الغالب أن يقتل مثله أو أعاد الضرب بخشبة صغيرة أو فعل به فعلا الغالب من ذلك الفعل أنه يتلف ﴾

وجملة ذلك أن العمد نوعان :

أحدهما أن يضربه بمحدد وهو ما يقطع ويدخل فى البدن كالسيف والسكين

والسنان وما فى معناه مما يحدد فيجرح من الحديد والنحاس والرصاص والذهب والفضة والزجاج والحجر والقصب والخشب فهذا كله إذا جرح به جرحا كبيراً فمات فهو قتل عمد لا خلاف فيه بين العلماء فيما علمناه .

فاما ان جرحه جرحا صغيراً كشرطة الحجام أو غرزة بإبرة أو شوكة نظرت فإن كان فى مقتل كالعين والفؤاد والخاصرة والصدغ وأصل الأذن فمات فهو عمد أيضاً لأن الاصابة بذلك فى المقتل كالجرح بالسكين فى غير المقتل ، وان كان فى غير مقتل نظرت فإن كان قد بالغ فى إدخالها فى البدن فهو كالجرح الكبير لأن هذا يشتد ألمه ويفضى الى القتل كالكبير ، وان كان الغور يسيراً أو جرحه بالكبير جرحا لطيفا كشرطة الحجام فما دونها فقال أصحابنا ان بقى من ذلك ضمنا حتى مات ففيه القود لأن الظاهر أنه مات منه وان مات فى الحال ففيه وجهان .

أحدهما : لا قصاص فيه قاله ابن حامد لأن الظاهر أنه لم يمت منه ولأنه لا يقتل غالبا فأشبه العصا والسوط ، والتعليل الأول أجود لأنه لما احتمل حصول الموت بغيره ظاهراً كان ذلك شبهة فى درء القصاص ولو كانت العلة كونه لا يحصل به القتل غالبا لم يفترق الحال بين موته فى الحال وموته متراخيا عنه كسائر مالا يجب به القصاص .

والثانى : فيه القصاص لان المحدد لا يعتبر فيه غلبة الظن فى حصول القتل به بدليل ما لو قطع شحمة أذنه ، أو قطع أنملته ، ولانه لما لم يمكن إدارة الحكم وضبطه بغلبة الظن وجب ربطه بكونه محدداً ولا يعتبر ظهور الحكم فى آحاد صور المظنة بل يكفى احتمال الحكمة ، ولذلك ثبت الحكم به فيما إذا بقى ضمنا مع أن العمد لا يختلف مع اتحاد الآلة والفعل بسرعة الافضاء وإبطائه ، ولان فى البدن مقاتل خفية وهذا له سراية ومور فأشبه الجرح الكبير وهذا ظاهر كلام الخرقى فإنه لم يفرق بين الصغير والكبير ، وهو مذهب أبى حنيفه وللشافعى من التفصيل نحو مما ذكرنا .

النوع الثانى : القتل بغير المحدد مما يغلب على الظن حصول الزهوق به عند استعماله فهذا عمد موجب للقصاص أيضاً ، وبه قال النخعى والزهرى وابن سيرين وحماد وعمرو بن دينار وابن أبى ليلى ومالك والشافعى واسحاق وأبو يوسف ومحمد

وقال الحسن لا قود في ذلك ، وروى ذلك عن الشعبي ، وقال ابن المسيب وعطاء وطاوس العمد ما كان بالسلاح .

وقال أبو حنيفة : لاقود في ذلك الا أن يكون قتله بالنار وعنه في مثقل الحديد روايتان ، واحتج بقول النبي ( ص ) « ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الابل » فسماه عمد الخطأ وأوجب فيه الدية دون القصاص ولان العمد لا يمكن اعتباره بنفسه فيجب ضبطه بمظنته ولا يمكن ضبطه بما يقتل غالبا لحصول العمد بدونه في الجرح الصغير فوجب ضبطه بالجرح .

ولنا قول الله تعالى ( ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ) وهذا مقتول ظلما ، وقال الله تعالى ( كتب عليكم القصاص في القتلى ) .

وروى أنس « أن يهوديا قتل جارية على أوضاح لها بحجر فقتله رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حجرين » متفق عليه ، وروى أبو هريرة قال قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما يودى وإما أن يقاد » متفق عليه ، ولانه يقتل غالبا فأشبه المحدد .

وأما الحديث فمحمول على المثقل الصغير لانه ذكر العصا والسوط وقرن به الحجر فدل على أنه أراد ما يشبههما ، وقولهم لا يمكن ضبطه ممنوع فإننا نوجب القصاص بما نتيقن حصول الغلبة به فاذا شككنا لم نوجبه مع الشك وصغير الجرح قد سبق القول فيه ولأنه لا يصح ضبطه بالجرح بدليل ما لو قتله بالنار أو بمثقل الحديد . إذا ثبت هذا : فان هذا النوع يتنوع أنواعا

أحدها : أن يضربه بمثقل كبير يقتل مثله غالبا سواء كان من حديد كاللت والسندان والمطرقة أو حجر ثقيل أو خشبة كبيرة ، وحد الخرقى الخشبة الكبيرة بما فوق عمود الفسطاط ، يعني العمد التي يتخذها الاعراب لبيوتها وفيها دقة ، فأما عمد الخيام فكبيرة تقتل غالبا فلم يردها الخرقى وانما حد الموجب للقصاص بما فوق عمود الفسطاط لان النبي (ص) لما سأل عن المرأة التي ضربت جاريتها بعمود فسطاط فقتلتها وجنينها قضى النبي صلى الله عليه وسلم في الجنين بغرة وقضى بالدية على عاقلتها ، والعاقلة لا تحمل العمد فدل على أن القتل بعمود الفسطاط ليس بعمد وان كان أعظم منه فهو عمد لانه يقتل غالبا ، ومن هذا النوع أن يلقي عليه حائطا

أو صخرة او خشبة عظيمة او ما اشبه مما يهلكه غالبا فيهلكه ففيه القود لانه يقتل غالبا .

النوع الثانى . ان يضربه بمثقل صغير كالعصى والسوط والحجر الصغير او يلكزة بيده فى مقتل او فى حال ضعف من المضروب لمرض او صغر او فى زمن مفرط الحر او البرد بحيث تقتله تلك الضربة ؛ اوكرر الضرب حتى قتله بما يقتل غالبا ففيه القود لانه قتله بما يقتل مثله غالبا فأشبه الضرب بمثقل كبير ، ومن هذا النوع لو عصر خصيته عصراً شديداً فقتله بعصر يقتل مثله غالبا فعليه القود، وان لم يكن كذلك فى جميع ما ذكرناه فهو عمد الخطأ وفيه الدية الا أن يصغر جداً كالضربة بالقلم والاصبع فى غير مقتل ونحو هذا مما لا يتوهم القتل به فلا قود فيه ولا ديةلانه لم يمت به وكذلك ان مسه بالكبير ولم يضربه به لان الدية انما تجب بالقتل وليس هذا بقتل .

النوع الثالث : أن يمنع خروج نفسه وهو ضربان .

أحدهما : أن يجعل فى عنقه خراطه ثم يعلقه فى خشبه أو شىء بحيث يرتفع عن الأرض فيختنق ويموت فهذا عمد سواء مات فى الحال أو بقى زمنا لأن هذا أوحى أنواع الخنق وهو الذى جرت العادة بفعله من الولاة فى اللصوص وأشباههم من المفسدين .

والضرب الثانى : أن يخنقه وهو على الارض بيديه أو منديل أو حبل أو يغمه بوسادة أو شىء يضعه على فيه وأنفه أو يضع يديه عليهما فيموت فهذا إن فعل به ذلك مدة يموت فى مثلها غالبا فمات فهو عمد فيه القصـــــاص ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والنخعى والشافعى ، وان فعله فى مدة لايموت فى مثلها غالبا فمات فهو عمد الخطأ إلا أن يكون ذلك يسيراً فى العادة بحيث لايتوهم الموت منه فلايوجب ضمانا لانه بمنزلة لمسه ، وإن خنقه وتركه مثلا حتى مات ففيه القود لأنه مات من سراية جنايته فهو كالميت من سراية الجرح ، وان تنفس وصح ثم مات فلا قود لان الظاهر أنه لم يمت منه فأشبه ما لو اندمل الجرح ثم مات .

النوع الرابع : ان يلقيه فى مهلكة وذلك على اربعة أضرب .

أحدها : ان يلقيه من شاهق كرأس جبل او حائط عال يهلك به غالبا فيموت

فهو عمد . الثانى : ان يلقيه فى نار او ماء يغرقه، ولا يمكنه التخلص منه اما لكثرة الماء او النار واما لعجزه عن التخلص لمرض أو صغر أو كونه مربوطا أو منعه الخروج أو كونه فى حفيرة لا يقدر على الصعود منها ونحو هذا ، أو ألقاه فى بئر ذات نفس فمات به عالما بذلك فهذا كله عمد لأنه يقتل غالبا . وإن ألقاه فى ماء يسير يقدر على الخروج منه فلبث فيه اختيارا حتى مات فلا قود فيه ولا دية لان هذا الفعل لم يقتله ، وانما حصل موته بلبثه فيه وهو فعل نفسه فلم يضمنه غيره ، وان تركه فى نار يمكنه التخلص منها لقلتها أو كونه فى طرف منها يمكنه الخروج بأدنى حركة فلم يخرج حتى مات فلا قود لأن هذا لا يقتل غالبا ، وهل يضمنه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يضمنه لأنه مهلك لنفسه باقامته فلم يضمنه ، كما لو ألقاه فى ماء يسير لكن يضمن ما أصابت النار منه .

والثانى : يضمنه لأنه جان بالالقاء المفضى الى الهلاك ، وترك التخلص لا يسقط الضمان كما لو فصده فترك شد فصاده مع امكانه أو جرحه فترك مداواة جرحه ، وفارق الماء لانه لا يهلك بنفسه ، ولهذا يدخله الناس للغسل والسباحة والصيد واما النار فيسيرها يهلك وانما تعلم قدرته على التخلص بقوله انا قادر على التخلص او نحو هذا ، لأن النار لها حرارة شديدة فربما أزعجته حرارتها عن معرفة مايتخلص به او اذهبت عقله بألمها وروعتها ، وان ألقاه فى لجة لا يمكنه التخلص منها فالتقمه حوت ففيه وجهان .

أحدهما : عليه القود لأنه ألقاه فى مهلكة فهلك ، فاشبه ما لو غرق فيها .

والثانى : لا قود عليه لانه لم يهلك بها أشبه ما لو قتله آدمى آخر ؛ وان القاه فى ماء يسير فأكله سبع او التقمه حوت او تمساح فلا قود عليه ، لان الذى فعله لا يقتل غالبا وعليه ضمانه لأنه هلك بفعله :

الضرب الثالث : ان يجمع بينه وبين اسد او نمر فى مكان ضيق كزبية ونحوها فيقتله ، فهذا عمد فيه القصاص اذا فعل السبع به فعلا يقتل مثله ، وان فعل به فعلا لو فعله الآدمى لم يكن عمداً لم يجب القصاص به لان السبع صار آلة للآدمى فكان فعله كفعله ؛ وإن ألقاه مكتوفا بين يدى الاسد أو النمر فى فضاء فأكله فعليه القود

وكذلك إن جمع بينه وبين حية فى مكان ضيق فنهشته فقتلته فعليه القود . وقال القاضي : لا ضمان عليه فى الصورتين ، وهو قول أصحاب الشافعي لأن الأسد والحية يهربان من الادمى ولأن هذا سبب غير ملجىء .

ولنا أن هذا يقتل غالبا فكان عمداً محضا كسائر الصور ، وقولهم إنهما يهربان غير صحيح ، فإن الاسد يأخذ الادمى المطلق ، فكيف يهرب من مكتوف ألقى إليه ليأكله ؟ والحية إنما تهرب فى مكان واسع ، أما اذا ضاق المكان فالغالب أنها تدفع عن نفسها بالنهش على ما هو العادة .

وقد ذكر القاضي فيمن ألقى مكتوفاً فى أرض مسبعة أو ذات حيات فقتلته ان فى وجوب القصاص روايتين ، وهذا تناقض شديد ، فإنه نفى الضمان بالكلية فى صورة كان القتل فيها أغلب ، وأوجب القصاص فى صورة كان فيها أندر ، والصحيح أنه لا قصاص ههنا ، ويجب الضمان لأنه فعل به فعلا متعمداً تلف به لا يقتل مثله غالبا .

وان أنهشه حية أو سبعا فقتله فعليه القود اذا كان ذلك مما يقتل غالبا ، فإن كان مما لا يقتل غالبا كثعبان الحجاز أو سبع صغير ففيه وجهان : أحدهما فيه القود لأن الجرح لا يعتبر فيه غلبة حصول القتل به وهذا جرح ، ولأن الحية من جنس ما يقتل غالبا . والثانى : هو شبيه العمد لأنه لا يقتل غالبا أشبه الضرب بالعصا والحجر . وان كتفه وألقاه فى أرض غير مسبعة فأكله سبع أو نهشته حية فمات فهو شبه العمد . وقال أصحاب الشافعي هو خطأ محض

ولنا أنه فعل به فعلا لا يقتل مثله غالبا عمداً فأفضى الى هلاكه ، أشبه ما لو ضربه بعصا فمات ، وكذلك ان ألقاه مشدوداً فى موضع لم يعهد وصول زيادة الماء اليه ، فأما ان كان فى موضع يعلم وصول زيادة الماء اليه فى ذلك الوقت فمات بها فهو عمد محض ، وان كانت غير معلومة اما لكونها تحتمل الوجوب وعدمه أو لا تعهد أصلا فهو شبه عمد .

الضرب الرابع . أن يحبسه فى مكان ويمنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها حتى يموت فعليه القود لان هذا يقتل غالبا ، وهذا يختلف باختلاف الناس والزمان

والاحوال ، فإذا كان عطشان فى شدة الحر مات فى الزمن القليل ، وان كان ريان والزمن بارد أو معتدل لم يمت الا فى زمن طويل فيعتبر هذا فيه ، وان كان فى مدة يموت فى مثلهاغالبا ففيه القود ، وان كان لا يموت فى مثلهاغالبا ففيه القود وان كان لا يموت فى مثلها غالبا فهو عمد الخطأ ، وان شككنا فيها لم يجب القود لأننا شككنا فى السبب ، ولا يثبت الحكم مع الشك فى سببه ، سيما القصاص الذى يسقط بالشبهات .

النوع الخامس : أن يسقيه سما أو يطعمه شيئا قاتلا فيموت به فهو عمد موجب للقود اذا كان مثله يقتل غالبا ، وان خلطه بطعام وقدمه اليه فأكله أو أهداه اليه أو خلطه بطعام رجل ولم يعلم ذلك فأكله فعليه القود لأنه يقتل غالبا ، وقال الشافعى فى أحد قوليه : لا قود عليه لانه أكله مختاراً فأشبه ما لو قدم اليه سكينا فطعن بهانفسه ، ولان أنس بن مالك روى أن يهودية أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم بشاة مسمومة فأكل منها النبي صلى الله عليه وسلم ولم يقتلها النبي ( ص ) قال : وهل يجب القود ؟ فيه قولان .

ولنا خبر اليهودية فان أبا سلمة قال فيه : فمات بشر بن البراء ، فأمر بها النبي صلى الله عليه وسلم فقتلت ، أخرجه أبو داود ، ولأن هذا يقتل غالبا ويتخذ طريقا الى القتل كثيراً ، فأوجب القصاص ، كما لو أكرهه على شربه ، فأما حديث أنس فلم يذكر فيه أن أحداً مات منه ، ولا يجب القصاص الا أن يقتل به ، ويجوز أن يكون النبي ( ص ) لم يقتلها قبل أن يموت بشر بن البراء ، فلما مات أرسل اليها النبي ( ص ) فسألها فاعترفت فقتلها . فنقل أنس صدر القصة دون آخرها ، ويتعين حمله عليه جمعا بين الخبرين .

ويجوز أن يترك قتلها لكونها ما قصدت بشر بن البراء انما قصدت قتل النبي صلى الله عليه وسلم فاختل العمد بالنسبة الى بشر ، وفارق تقديم السكين لأنها لا تقدم الى انسان ليقتل بها نفسه ، انما تقدم اليه لينتفع بها وهو عالم بمضرتها ونفعها ، فأشبه ما لو قدم اليه السم وهو عالم به .

فأما ان خلط السم بطعام نفسه وتركه فى منزله فدخل انسان فأكله فليس عليه ضمان بقصاص ولا دية لأنه لم يقتله ، وانما الداخل قتل نفسه ، فأشبه

ما لو حفر فى داره بئراً فدخل رجل فوقع فيها ، وسواء قصد بذلك قتل الآكل ، مثل أن يعلم ظالما يريد هجوم داره فترك السم فى الطعام ليقتله فهو كما لو حفر بئراً فى داره ليقع فيها اللص إذا دخل ليسرق منها ، ولو دخل رجل بإذنه فأكل الطعام المسموم بغير إذنه لم يضمنه لذلك ، وإن خلطه بطعام رجل أو قدم اليه طعاماً مسموماً وأخبره بسمه فأكله لم يضمنه لأنه أكله عالما بحاله ، فأشبه ما لو قدم اليه سكينا فوجأ بها نفسه ، وان سقى انسانا سما أو خلطه بطعامه فأكله ولم يعلم به وكان مما لا يقتل مثله غالبا فهو شبه عمد . فإن اختلف فيه هل يقتل مثله غالبا أو لا ؟ وثم بينة تشهد عمل بها .

وان قالت البينة هو يقتل النضو الضعيف دون القوى أو غير هذا عمل على حسب ذلك ، وان لم يكن مع أحدهما بينة فالقول قول الساقى ، لأن الأصل عدم وجوب القصاص فلا يثبت بالشك ، ولأنه أعلم بصفة ماسقى . وان ثبت أنه قاتل فقال لم أعلم أنه قاتل ففيه وجهان :

أحدهما عليه القود لأن السم من جنس ما يقتل به غالبا ، فأشبه ما لو جرحه وقال لم أعلم أنه يموت منه . والثانى لا قود عليه لانه يجوز أن يخفى عليه أنه قاتل وهذه شبهة يسقط بها القود .

النوع السادس : أن يقتله بسحر ، يقتل غالبا ، فيلزمه القود لأنه قتله بما يقتل غالبا ، فأشبه ما لو قتله بسكين ، وان كان مما لا يقتل غالبا ، أو كان مما يقتل ولا يقتل ، ففيه الدية دون القصاص لأنه عمد الخطأ فأشبه ضرب العصا .

النوع السابع : أن يتسبب الى قتله بما يقتل غالبا ، وذلك أربعة أضرب

أحدها : أن يكره رجلا على قتل آخر فيقتله ، فيجب القصاص على المكره والمكره جميعا ، وبهذا قال مالك . وقال أبو حنيفة ومحمد : يجب القصاص على المكره دون المباشر ، لقوله عليه الصلاة والسلام « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأن المكره آلة المكره ، بدليل وجوب القصاص على المكره ونقل فعله اليه ، فلم يجب على المكره ، كما لو رمى به عليه فقتله ، وقال زفر يجب على المباشر دون المكره ، لان المباشرة تقطع حكم السبب كالحافر مع الدافع والآمر مع القاتل . وقال الشافعى : يجب على المكره . وفى المكره قولان .

وقال أبو يوسف : لا يجب على واحد منهما . لان المكره لم يباشر القتل فهو كحافر البئر. والمكره ملجأ فأشبه المرمى به على انسان .

ولنا على وجوبه على المكره انه تسبب الى قتله بما يفضى اليه غالبا ، فأشبه مالو ألسعه حية او ألقاه على اسد فى زبية .

ولنا على وجوبه على المكره انه قتله عمداً ظلما لاستبقاء نفسه . فأشبه مالو قتله فى المخمصة ليأكله

وقولهم : ان المكره ملجأ غير صحيح فإنه متمكن من الامتناع ، ولذلك أثم بقتله وحرم عليه ، وانما قتله عند الاكراه ظنا منه ان فى قتله نجاة نفسه وخلاصه من شر المكره . فأشبه القاتل فى المخمصة ليأكله، وان صار الامر الى الدية وجبت عليهما ، وبه قال الشافعى

وقال ابو حنيفة ومحمد : لادية على المكره بناء منهما على انه آلة ، وقد بينا فساده . وانما هما شريكان يجب القصاص عليهما جميعا فوجبت الدية عليهما كالشريكين بالفعل ، وكما يجب الجزاء على الدال على الصيد فى الاحرام والمباشر والردء كالمباشر فى المحاربة ، فعلى هذا ان أحب الولى قتل أحدهما : واخذ نصف الديه من الآخر او العفو عنه فله ذلك

الضرب الثانى : اذا شهد رجلان على رجل بما يوجب قتله فقتل بشهادتهما ثم رجعا واعترفا بتعمد القتل ظلما وكذبهما فى شهادتهما فعليهما القصاص ، وبهذا قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة : لاقصاص عليهما . لانه تسبب غير ملجىء فلا يوجب القصاص كحفر البئر

ولنا ما روى القاسم بن عبد الرحمن : أن رجلين شهدا عند على كرم الله وجهه على رجل انه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما ، فقال على : لو اعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما ، وغرمهما دية يده ، ولانهما توصلا الى قتله بسبب يقتل غالبا فوجب عليهما القصاص كالمكره .

الضرب الثالث : الحاكم اذا حكم على رجل بالقتل عالما بذلك متعمداً فقتله واعترف بذلك وجب القصاص ، والكلام فيه كالكلام فى الشاهدين ، ولو أن الولى الذى باشر قتله أقر بعلمه بكذب الشهود وتعمد قتله فعليه القصاص ، لا أعلم

فيه خلافاً ، فإن أمر الشاهدان والحاكم والولى جميعا بذلك ، فعلى الولى القصاص لأنه باشر القتل عمداً وعدوانا، وينبغى أن لا يجب على غيره شيء لأنهم متسببون والمباشرة تبطل حكم السبب كالدافع مع الحافر . ويفارق هذا ما إذا لم يقر لأنه لم يثبت حكم مباشرة القتل فى حقه ظلما ، فكان وجوده كعدمه ويكون القصاص على الشاهدين والحاكم ، لأن الجميع متسببون

وإن صار الأمر إلى الدية فهى عليهم أثلاثا، ويحتمل أن يتعلق الحكم بالحاكم وحده ، لأن تسببه اخص من تسببهم ، فإن حكمه واسطة بين شهادتهم وقتله . فأشبه المباشر مع المتسبب

ولو كان الولى المقر بالتعمد لم يباشر القتل وإنما وكل فيه ، نظرت فى الوكيل فإن اقر بالعلم وتعمد القتل ظلما فهو القاتل وحده ، لأنه مباشر للقتل عمداً ظلما من غير إكراه فتعلق الحكم به ، كما لو أمر بالقتل فى غير هذه الصورة ، وإن لم يعترف بذلك فالحكم متعلق بالولى ، كما لو باشره . والله أعلم .

« مسألة » قال (ففيه القود إذا اجتمع عليه الأولياء . وكان المقتول حراً مسلما )

أجمع العلماء على ان القود لا يجب إلا بالعمد ، ولا نعلم بينهم فى وجوبه بالقتل العمد اذا اجتمعت شروطه خلافا، وقد دلت عليه الآيات والأخبار بعمومها فقال الله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل ) وقال تعالى ( كتب عليكم القصاص فى القتلى ) وقال تعالى ( ولكم فى القصاص حياة ) يريد والله أعلم : ان وجوب القصاص يمنع من يريد القتل منه شفقة على نفسه من القتل ، فتبقى الحياة فيمن أريد قتله .

وقيل : ان القاتل تنعقد العداوة بينه وبين قبيلة المقتول فيريد قتلهم خوفا منهم ويريدون قتله وقتل قبيلته استيفاء فى الاقتصاص منه بحكم الشرع قطع لسبب الهلاك بين القبيلتين ، وقال الله تعالى ( وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ) الاية، وقال النبى صلى الله عليه وسلم « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين : إما أن يقتل وإما أن يفدى » متفق عليه .

وروى أبو شريح الخزاعى قال : قال رسول الله ( ص ) « من أصيب بدم أو خبل فهو بالخيار بين احدى ثلاث فإن أراد الرابعة فخذوا على يديه : أن يقتل أو يعفو أو يأخذ الدية » رواه أبو داود ، وفى لفظ « فمن قتل له بعد مقالتى قتيل فأهله بين خيرتين : أن يأخذوا الدية أو يقتلوا » وقال عليه السلام « العمد قود الا أن يعفو ولى المقتول » وفى لفظ « من قتل عامدا فهو قود » رواه أبو داود ، وفى لفظ رواه ابن ماجة « من قتل عامداً فهو قود ، ومن حال بينه وبينه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل منه صرف ولا عدل »

وقال الخرقى : اذا اجتمع عليه الاولياء ، يعنى اذا كان للمقتول أولياء يستحقون القصاص ، فمن شرط وجوبه اجتماعهم على طلبه ؛ ولو عفى واحد منهم سقط كله ، وان كان بعضهم غائبا أو غير مكلف لم يكن لشركائه القصاص حتى يقدم الغائب ويختار القصاص أو يوكل ويبلغ الصبى ويفيق المجنون ويختاره .

وقولهم : اذا كان المقتول حراً مسلما ؛ يعنى مكافئا للقاتل ، فإذا كان القاتل حراً مسلما اشترط كون المقتول حرا مسلما لتحقق المكافأة بينهما ، فان الكافر لا يكافىء المسلم والعبد لا يكافىء الحر

## ( فصل )

وأجمع أهل العلم على أن الحر المسلم يقاد به قاتله ، وان كان مجدع الاطراف معدوم الحواس والقاتل صحيح سوى الخلق أو كان بالعكس ، وكذلك ان تفاوتا فى العلم والشرف ، والغنى والفقر ، والصحة والمرض ، والقوة والضعف ، والكبر والصغر ، والسلطان والسوقة ، ونحو هذا من الصفات لم يمنع القصاص بالاتفاق وقد دلت عليه العمومات التى تلوناها ، وقول النبى ( ص ) « المؤمنون تكافأ دماؤهم » ولأن اعتبار التساوى فى الصفات والفضائل ، يفضى الى اسقاط القصاص بالكلية وفوات حكمة الردع والزجر ، فوجب أن يسقط اعتباره كالطول والقصر والسواد والبياض

( فصل ) ولا يشترط فى وجوب القصاص كون القتل فى دار الاسلام بل متى قتل فى دار الحرب مسلما عامدا عالما باسلامه فعليه القود ، سواء كان قد هاجر أو لم يهاجر ، وبهذا قال الشافعى

وقال أبو حنيفة : لا يجب القصاص بالقتل فى غير دار الإسلام فإن لم يكن المقتول هاجر لم يضمنه بقصاص ولا دية عمداً قتله أو خطأ ، وان كان قد هاجر ثم عاد الى دار الحرب كرجلين مسلمين دخلا دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه ضمنه بالدية ولم يجب القود ، وحكى عن أحمد رواية كقوله ولو قتل رجلا أسيراً مسلما فى دار الحرب لم يضمنه إلا بالدية عمداً قتله أو خطأ .

ولنا ما ذكرنا من الايات والاخبار ولانه قتل من يكافئه عمداً ظلما فوجب عليه القود كما لو قتله فى دار الاسلام ولأن كل دار يجب فيها القصاص إذا كان فيها إمام يجب وان لم يكن فيها إمام كدار الاسلام .

## فصـــل

وقتل الغيلة وغيره سواء فى القصاص والعفو وذلك للولى دون السلطان ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى وابن المنذر ، وقال مالك : الامر عندنا أن يقتل به وليس لولى الدم أن يعفو عنه وذلك الى السلطان، والغيلة عنده أن يخدع الانسان فيدخل بيتا أو نحوه فيقتل أو يؤخذ ماله ولعله يحتج بقول عمر فى الذى قتل غيلة لو تمالأ عليه أهل صنعاء لأقدتهم به وبقياسه على المحارب .

ولنا عموم قوله تعالى ( فقد جعلنا لوليه سلطانا ) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « فأهله بين خيرتين » ولانه قتيل فى غير المحاربة فكان أمره الى وليه كسائر القتلى وقول عمر لاقدتهم به أى أمكنت الولى من استيفاء القود منهم .

( فصل ) وإذا قتل رجلا وادعى أنه وجده مع امرأته أو أنه قتله دفعا عن نفسه أو أنه دخل منزله يكابره على ماله فلم يقدر على دفعه الا بقتله لم يقبل قوله الا ببينة ولزمه القصاص .

روى نحو ذلك عن على رضى الله عنه ، وبه قال الشافعى وأبو ثور وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفا ، وسواء وجد فى دار القاتل أو فى غيرها أو وجد معه سلاح أو لم يوجد لما روى عن على رضى الله عنه أنه سئل عمن وجد مع امرأته رجلا فقتله فقال إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته ولأن الأصل عدم ما يدعيه فلا يثبت بمجرد الدعوى ، وان اعترف الولى بذلك فلا قصاص عليه ولا دية لما روى عن عمر رضى الله عنه « أنه كان يوما يتغدى إذ جاءه رجل يعدو

وفى يده سيف ملطخ بالدم ووراءه قوم يعدون خلفه فجاء حتى جلس مع عمر فجاء الآخرون فقالوا يا أمير المؤمنين ان هذا قتل صاحبنا، فقال له عمر مايقولون؟ فقال يا أمير المؤمنين إنى ضربت فخذى امرأتى فإن كان بينهما أحد فقد قتلته، فقال عمر مايقول؟ قالوا يا أمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوقع فى وسط الرجل وفخذى المرأة فأخذ عمر سيفه فهزه ثم دفعه اليه وقال إن عادوا فعد » رواه سعيد فى سننه وروى عن الزبير أنه كان يوما قد تخلف عن الجيش ومعه جارية له فأتاه رجلان فقالا أعطنا شيئا فألقى اليهما طعاما كان معه فقالا خل عن الجارية فضربهما بسيفه فقطعهما بضربة واحدة، ولان الخصم اعترف بما يبيح قتله فسقط حقه كما لو أقر بقتله قصاصا أو فى حد يوجب قتله وان ثبت ذلك ببينة فكذلك.

« مسألة » قال ( وشبه العمد ما ضربه بخشبة صغيرة أو حجر صغير أو لكزه أو فعل به فعلا الأغلب من ذلك الفعل أنه لا يقتل مثله فلا قود فى هذا والدية على العاقلة )

شبه العمد أحد أقسام القتل وهو أن يقصد ضربه بما لا يقتل غالبا إما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير والوكز واليد وسائر مالا يقتل غالبا إذا قتل فهو شبه عمد لانه قصد الضرب دون القتل ويسمى عمد الخطأ وخطأ العمد لاجتماع العمد والخطأ فيه فانه عمد الفعل وأخطأ فى القتل فهذا لا قود فيه والدية على العاقلة فى قول أكثر أهل العلم، وجعله مالك عمداً موجبا للقصاص، ولأنه ليس فى كتاب الله الا العمد والخطأ فمن زاد قسما ثالثا زاد على النص ولانه قتله بفعل عمده فكان عمداً كما لو غرزه بإبرة فقتله.

وقال أبو بكر من أصحابنا: تجب الدية فى مال القاتل وهو قول ابن شبرمة لانه موجب فعل عمد فكان فى مال القاتل كسائر الجنايات.

ولنا ما روى أبو هريرة قال « اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها فقضى النبي صلى الله عليه وسلم أن دية جنينها عبد أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها » متفق عليه، فأوجب ديتها على العاقلة

والعاقلة لا تحمل عمداً ، وأيضا قول النبي صلى الله عليه وسلم « ألا إن فى قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الابل » .

وفى لفظ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل العمد ولا يقتل صاحبه » رواه أبو داود وهذا نص .

وقوله هذا قسم ثالث ، قلنا نعم هذا ثبت بالسنة والقسمان الأولان ثبتا بالكتاب ولأنه قتل لا يوجب القود فكانت ديته على العاقلة كقتل الخطأ .

« مسألة » قال ( والخطأ على ضربين أحدهما أن يرمى الصيد أو يفعل ما يجوز له فعله فيؤول الى إتلاف حر مسلما كان أو كافراً فتكون الدية على عاقلته وعليه عتق رقبة مؤمنة )

وجملته أن الخطأ أن يفعل فعلا لا يريد به إصابة المقتول فيصيبه ويقتله مثل أن يرمى صيداً أو هدفا فيصيب إنسانا فيقتله .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن القتل الخطأ أن يرمى الرامى شيئا فيصيب غيره لا أعلمهم يختلفون فيه ، هذا قول عمر بن عبد العزيز وقتادة والنخعى والزهرى وابن شبرمة والثورى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى فهذا الضرب من الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة فى مال القاتل بغير خلاف نعلمه : والأصل فى وجوب الدية والكفارة قول الله تعالى ( ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله إلا أن يصدقوا ) وسواء كان المقتول مسلما أو كافراً له عهد لقول الله تعالى ( وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ) ولا قصاص فى شيء من هذا لأن الله تعالى أوجب به الدية ولم يذكر قصاصا ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأنه لم يوجب القصاص فى عمد الخطأ فنى الخطأ أولى .

( فصل ) وان قصد فعلا محرما فقتل آدميا مثل أن يقصد قتل بهيمة أو آدميا معصوما فيصيب غيره فيقتله فهو خطأ أيضا لأنه لم يقصد قتله وهذا مذهب الشافعى وكذلك قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القتل الخطأ

أن يرمى الرامى شيئا فيصيب غيره ، ويتخرج على قول أبى بكر أن هذا عمد لقوله فيمن رمى نصرانيا فلم يقع به السهم حتى أسلم أنه عمد يجب به القصاص لكونه قصد فعلا محرما قتل به إنسانا .

« مسألة » قال ﴿ والضرب الثانى : أن يقتل فى بلاد الروم من عنده أنه كافر ويكون قد أسلم وكتم إسلامه الى أن يقدر على التخلص الى أرض الإسـلام فيكون عليه فى ماله عتق رقبة مؤمنة بلا دية لقول الله تعالى ( وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ﴾

هذا الضرب الثانى من الخطأ وهو أن يقتل فى أرض الحرب من يظنه كافراً ويكون مسلما ولا خلاف فى أن هذا خطأ لا يوجب قصاصا لأنه لم يقصد قتل مسلم فأشبه ما لو ظنه صيداً فبان آدميا إلا أن هذا لا تجب به دية أيضا ولا يجب إلا الكفارة ، وروى هذا عن ابن عباس ، وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة وقتادة والأوزاعى والثورى وأبو ثور وأبو حنيفة .

وعن أحمد رواية أخرى تجب به الدية والكفارة وهو قول مالك والشافعى لقول الله ( ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله) وقال عليه السلام « ألا إن فى قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا مائة من الابل » ولأنه قتل مسلما خطأ فوجبت ديته كما لو كان فى دار الإسلام .

ولنا قول الله تعالى ( وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة) ولم يذكر دية ، وتركه ذكرها فى هذا القسم مع ذكرها فى الذى قبله وبعده ظاهر فى أنها غير واجبة ، وذكره لهذا قسما مفرداً يدل على أنه لم يدخل فى عموم الآية التى احتجوا بها ، ويخص بها عموم الخبر الذى رووه .

« مسألة » قال ﴿ ولا يقتل مسلم بكافر ﴾

أكثر أهل العلم لا يوجبون على مسلم قصاصا بقتل كافر أى كافر كان ، روى ذلك عن عمر وعثمان وعلى وزيد بن ثابت ومعاوية رضى الله عنهم ، وبه قال عمر ابن عبد العزيز وعطاء والحسن وعكرمة والزهرى وابن شبرمه ومالك والثورى والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر .

وقال النخعي والشعبي وأصحاب الرأي : يقتل المسلم بالذمى خاصة : قال أحمد : الشعبي والنخعي قالا : دية المجوسي واليهودي والنصراني مثل دية المسلم ، وإن قتله يقتل به ، هذا عجب يصير المجوسي مثل المسلم ، سبحان الله ما هذا القول ؟ واستبشعه ، وقال : النبي صلى الله عليه وسلم يقول « لا يقتل مسلم بكافر » وهو يقول . يقتل بكافر . فأي شيء أشد من هذا ؟ واحتجوا بالعمومات التي ذكرناها في اول الباب ، وبما روى ابن البيلماني أن النبي صلى الله عليه وسلم أقاد مسلما بذمي وقال « أنا احق من وفى بذمته » ولأنه معصوم عصمة مؤبدة فيقتل به قاتله كالمسلم

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم، ولا يقتل مؤمن بكافر » رواه الإمام احمد وابو داود ، وفي لفظ « لا يقتل مسلم بكافر » رواه البخاري وابو داود

وعن علي رضي الله عنه قال من السنة : « الا يقتل مسلم بكافر » رواه الامام أحمد، ولأنه منقوص بالكفر فلا يقتل به المسلم كالمستأمن، والعمومات مخصوصات بحديثنا ، وحديثهم ليس له إسناد ، قاله احمد

وقال الدارقطني : يرويه ابن البيلماني ، وهو ضعيف إذا اسند ، فكيف إذا ارسل ؟ والمعنى في المسلم انه مكافىء للمسلم بخلاف الذمي ، فاما المستأمن ، فوافق ابو حنيفة الجماعة في ان المسلم لا يقاد به ، وهو المشهور عن أبي يوسف ، وعنه : يقتل به لما سبق في الذمي .

ولنا : أنه ليس بمحقون الدم على التابيد . فاشبه الحربي مع ما ذكرنا من الدليل في التي قبلها .

( فصل ) فان قتل كافر كافراً ، ثم أسلم القاتل ، او جرحه ، ثم أسلم الجارح ومات المجروح فقال أصحابنا يقتص منه وهو قول الشافعي ، لان القصاص عقوبة فكان الاعتبار فيها بحال وجوبها دون حال استيفائها كالحدود ، ولانه حق وجب عليه قبل إسلامه ، فلم يسقط بإسلامه كالدين ، ويحتمل أن لا يقتل به وهو قول الاوزاعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يقتل مسلم بكافر » ولأنه مؤمن فلا يقتل بكافر كما لو كان مؤمنا حال قتله، ولأن إسلامه لو قارن السبب منع عمله فإذا طرأ سقط حكمه .

( فصـــل )

وإن جرح مسلم كافراً فأسلم المجروح ثم مات مسلما بسراية الجرح لم يقتل به قاتله، لان التكافؤ معدوم حال الجناية وعليه دية مسلم ، لان اعتبار الارش بحالة استقرار الجناية ، بدليل ما لو قطع يدى رجل ورجليه فسرى إلى نفسه دية واحدة ولو اعتبر حال الجرح وجب ديتان ، ولو قطع حر يد عبد ثم عتق ومات لم يجب قصاص لعدم التكافؤ حال الجناية ، وعلى الجانى دية حر اعتباراً بحال الاستقرار ، وهـذا قول ابن حامد . وهو مذهب الشافعي ، وللسيد أقل الامرين من نصف قيمته أو نصف دية حر والباقى لورثته ، لأن نصف قيمته ان كانت أقل فهى التى وجدت فى ملكه فلا يكون له أكثر منها ، لأن الزائد حصل بحريته ولا حق له فيما حصل بها ، وان كان الاقل الدية لم يستحق أكثر منها ، لان نقص القيمة حصل بسبب من جهة السيد واعتاقه .

وذكر القاضى أن أحمد نص فى رواية حنبل فيمن فقأ عينى عبد ثم أعتق ومات أن على الجانى قيمته للسيد ، وهذا يدل على أن الاعتبار بحال الجناية ، وهذا اختيار أبى بكر والقاضى وأبى الخطاب .

قال أبو الخطاب : من قطع يد ذمى ثم أسلم ومات ضمنه بدية ذمى ، ولو قطع يد عبد فأعتقه سيده ومات ، فعلى الجانى قيمته للسيد ، لأن حكم القصـاص معتبر بحال الجناية دون حال السراية ، فكذلك الدية ، والاول أصح ان شاء الله ، لان سراية الجرح مضمونة ، فإذا أتلفت حراً مسلما وجب ضمانه بدية كاملة ، كما لو قتله بجرح ثان . وقول أحمد فيمن فقأ عينى عبد : عليه قيمته للسيد ، لا خلاف فيه ، وانما الخلاف فى وجوب الزائد على القيمة من دية الحر للورثة ، ولم يذكره أحمد ولأن الواجب مقدر بما تفضى اليه السراية دون ما تتلفه الجناية ، بدليل أن من قطعت يداه ورجلاه فسرى القطع الى نفسه لم يلزم الجانى أكثر من دية ، ولو قطع أصبعا فسرى الى نفسه لوجبت الدية كاملة ، فكذلك اذا سرت الى نفس حر مسلم تجب ديته كاملة . فاما ان جرح مرتداً أو حربيا ، فسرى الجرح الى نفسه فلا قصاص فيه ولا دية ، سواء أسلم قبل السراية أو لم يسلم ، لان الجرح غير مضمون فلم يضمن سرايته بخلاف التى قبلها .

( فصل ) ولو قطع يد مسلم فارتد، ثم مات بسراية الجرح لم يجب فى النفس قصاص ولا دية ولا كفارة لأنها نفس مرتد غير معصوم ولا مضمون، وكذلك لو قطع يد ذمى فصار حربيا ثم مات من جراحه.

وأما اليد فالصحيح أنه لا قصاص فيها، وذكر القاضى وجهاً فى وجوب القصاص فيها، لأن القطع استقر حكمه بانقطاع حكم سرايته : فأشبه ما لو قطع طرفه ثم قتله أو جاء آخر فقتله، وللشافعى فى وجوب القصاص قولان.

ولنا أنه قطع هو قتل لم يجب به القتل، فلم يجب القطع، كما لو قطع من غير مفصل، وفارق ما قاسوا عليه فإن القطع لم يصر قتلا : وهل تجب دية الطرف ؟ فيه وجهان. أحدهما لا ضمان فيه، لأنه تبين أنه قتل لغير معصوم، والثانى تجب لأن سقوط حكم سراية الجرح لا يسقط ضمانه، كما لو قطع طرف رجل ثم قتله آخر، فعلى هذا هل يجب ضمانه بدية المقطوع أو بأقل الامرين من ديته أو دية النفس ؟ فيه وجهان : أحدهما تجب دية المقطوع، فلو قطع يديه ورجليه ثم ارتد ومات ففيه ديتان، لان الردة قطعت حكم السراية، فأشبه انقطاع حكمها باندمالها أو بقتل آخر له. والثانى يجب أقل الامرين، لانه لو لم يرتد لم يجب أكثر من دية النفس فمع الردة أولى، ولانه قطع صار قتلا فلم يجب أكثر من دية كما لو لم يرتد، وفارق أصل الوجه الاول فإنه لم يصر قتلا، ولأن الاندمال والقتل منع وجود السراية، والردة منعت ضمانها ولم تمنع جعلها قتلا، وللشافعى من التفصيل نحو مما قلنا.

( فصل )

وان قطع مسلم يد نصرانى فتمجس، وقلنا لا يقر، فهو كما لو جنى على مسلم فارتد، وان قلنا يقر عليه، وجبت دية مجوسى، وان قطع يد مجوسى فتنصر، ثم مات. وقلنا يقر، وجبت دية نصرانى، ويجىء على قول أبى بكر والقاضى أن تجب دية نصرانى فى الاولى، ودية مجوسى فى الثانية، كقولهم فيمن جنى على عبد ذمى فأسلم وعتق ثم مات من الجناية ضمنه بقيمة عبد ذمى اعتباراً بحال الجناية.

( فصل ) وإن قطع يد مسلم فارتد ، ثم أسلم ومات . وجب القصاص على قاتله نص عليه أحمد رحمه الله فى رواية محمد بن الحكم .

وقال القاضي : يتوجه عندي انه ان كان زمن الردة تسرى فى مثله الجناية لم يجب القصاص فىالنفس، وهل يجب فى الطرف الذى قطع فى اسلامه؟ على وجهين وهذا مذهب الشافعى ، لأن القصاص يجب بالجناية والسراية كلها ، فإذا لم يوجد جميعها فى الاسلام لم يجب القصاص ، كما لو جرحه جرحين ، أحدهما فى الإسلام والاخر فى الردة فمات منهما .

ولنا أنه مسلم حال الجناية والموت فوجب القصاص بقتله كما لو لم يرتد، واحتمال السراية حال الردة لا يمنع لأنها غير معلومة فلا يجوز ترك السبب المعلوم باحتمال المانع كما لو لم يرتد فإنه يحتمل أن يموت بمرض أو بسبب آخر أو بالجرح مع شيء آخر يؤثر فى الموت

فأما الدية فتجب كاملة ، ويحتمل وجوب نصفها لانه مات من جرح مضمون وسراية غير مضمونة فوجب نصف الدية كما لو جرحه إنسان وجرح نفسه فمات منهما ، فأما إن كان زمن الردة لا تسرى فى مثله الجناية ففيه الدية أو القصاص

وقال الشافعى فى أحد قوليه : لا قصاص فيه لأنه انتهى إلى حال لو مات لم يجب القصاص

ولنا أنهما متكافئان حال الجناية والسراية والموت ، فأشبه مالو لم يرتد وإن كان الجرح خطأ وجبت الكفارة بكل حال لأنه فوت نفساً معصومة .

( فصل ) وإن جرحه وهو مسلم فارتد ثم جرحه جرحا آخر ثم أسلم ومات منهما فلا قصاص فيه لأنه مات من جرحين مضمون ، وغير مضمون ، ويجب فيه نصف الدية لذلك ، وسواء تساوى الجرحان أو زاد أحدهما، مثل أن قطع يديه وهو مسلم فارتد فقطع رجله أو كان بالعكس لأن الجرح فى الحالين كجرح رجلين وهل يجب القصاص فى الطرف الذى قطعه فى حال اسلامه ؟ يحتمل وجهين بناء على من قطع طرفه وهو مسلم فارتد ومات فى ردته، ولو قطع طرفه فى ردته أولا فأسلم ثم قطع طرفه الاخر ومات منهما فالحكم فيه كالتى قبلها

( فصل ) ويقتل الذمى بالمسلم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قتل اليهودى الذى

رض رأس جارية من الأنصار على أوضاح لها ، ولأنه اذا قتل بمثله فبمن فوقه أولى ، ويقتل الذمى بالذمى سواء اتفقت أديانهم أو اختلفت ، فلو قتل النصرانى مجوسيا أو يهوديا قتل به ، نص عليه أحمد فى النصرانى يقتل بالمجوسى اذا قتله ، قيل فكيف يقتل به وديتهما مختلفة ؟ فقال : أذهب الى أن النبى صلى الله عليه وسلم قتل رجلا بامرأة ، يعنى انه قتله بها مع اختلاف ديتها ، ولانهما تكافآ فى العصمة بالذمة ونقيصة الكفر فجرى القصاص بينهما ، كما لو تساوى دينهما ، وهذا مذهب الشافعى .

( فصل ) ولا يقتل ذمى بحربى ، لانعلم فيه خلافا لانه مباح الدم على الاطلاق أشبه الخنزير ولا دية فيه لذلك ولا كفارة ولا يجب بقتل المرتد قصاص ولا دية ولا كفارة لذلك سواء قتله مسلم أو ذمى ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، وقال بعض أصحاب الشافعى . يجب القصاص على الذمى بقتله والدية اذا عفا عنه لانه لا ولاية له فى قتله ، وقال بعضهم: يجب القصاص دون الدية لانه لا قيمة له

ولنا أنه مباح الدم أشبه الحربى ، ولان من لا يضمنه المسلم لا يضمنه الذمى كالحربى .

( فصل ) وليس على قاتل الزانى المحصن قصاص ولا دية ولا كفارة ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى ، وحكى بعضهم وجها أن على قاتله القود لان قتله الى الامام فيجب القود على من قتله سواه كمن عليه القصاص اذا قتله غير مستحقه .

ولنا أنه مباح الدم وقتله متحتم فلم يضمن كالحربى ، ويبطل ما قاله بالمرتد وفارق القاتل فإن قتله غير متحتم وهو مستحق على طريق المعاوضة فاختص بمستحقه ، وههنا يجب قتله لله تعالى ، فأشبه المرتد ، وكذلك الحكم فى المحارب الذى تحتم قتله

( فصل ) ويقتل المرتد بالمسلم والذمى ويقدم القصاص على القتل بالردة لأنه حق آدمى ، وان عفا عنه ولى القصاص فله دية المقتول . فإن أسلم المرتد فهى فى ذمته ، وان قتل بالردة أو مات تعلقت بماله وان قطع طرفا من أحدهما فعليه القصاص فيه أيضا ، وقال بعض أصحاب الشافعى لا يقتل المرتد بالذمى ولا يقطع طرفه بطرفه لان أحكام الاسلام فى حقه باقية ، بدليل وجوب العبادات عليه ومطالبته بالاسلام

ولنا أنه كافر فيقتل بالذمي كالأصلي ، وقولهم ان أحكام الاسلام باقية غير صحيح ، فإنه قد زالت عصمته وحرمته وحل نكاح المسلمات وشراء العبيد المسلمين وصحة العبادات وغيرها ، وأما مطالبته بالاسلام فهو حجة عليهم ، فإنه يدل على تغليظ كفره وأنه لا يقر على ردته لسوء حاله ، فإذا قتل بالذمي مثله فمن هو دونه أولى .

( فصل ) وان جرح مسلم ذميا ثم ارتد ومات المجروح لم يقتل به، لان التكافؤ مشترط حال وجود الجناية ولم يوجد ، وان قتل من يعرفه ذميا أو عبدا وكان قد أسلم وعتق وجب القصاص لانه قتل من يكافئه عمدا عدوانا فلزمه القصاص ، كما لو علم حاله ، وفارق من علمه حربيا لانه لم يعمد الى قتل معصوم .

« مسألة » قال ( ولا حر بعبد )

روى هذا عن أبي بكر وعمر وعلي وزيد وابن الزبير رضي الله عنهم ؛ وبه قال الحسن وعطاء وعمر بن عبد العزيز وعكرمة وعمرو بن دينار ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور ، ويروى عن سعيد بن المسيب والنخعي وقتادة والثوري وأصحاب الرأي أنه يقتل به لعموم الآيات والاخبار ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون تتكافأ دماؤهم » ولانه آدمي معصوم فأشبه الحر .

ولنا ما روى الامام أحمد بإسناده عن علي رضي الله عنه أنه قال : من السنة أن لا يقتل حر بعبد ، وعن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يقتل حر بعبد» رواه الدارقطني ، ولانه لا يقطع طرفه بطرفه مع التساوي في السلامة فلا يقتل به كالاب مع ابنه ولان العبد منقوص بالرق فلم يقتل به الحر كالمكاتب اذا ملك ما يؤدي والعمومات مخصوصات بهذا فنقيس عليه :

( فصل ) ولا يقتل السيد بعبده في قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن النخعي وداود أنه يقتل به لما روى قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «من قتل عبده قتلناه ومن جدعه جدعناه» رواه سعيد والامام أحمد والترمذي وقال حديث حسن غريب مع العمومات والمعنى في التي قبلها .

ولنا ما ذكرناه فى التى قبلها ، وعن عمر رضى الله عنه أنه قال لو لم أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يقاد المملوك من مولاه والولد من والده لأقدته منك » رواه النسائى .

وعن على رضى الله عنه « أن رجلا قتل عبده فجلده النبى صلى الله عليه وسلم مائة جلدة ونفاه عاما ومحى اسمه من المسلمين » رواه سعيد والخلال .

وقال أحمد ليس بشىء من قبل إسحاق بن أبى فروة ، ورواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن أبى بكر وعمر أنهما قالا : من قتل عبده جلد مائة وحرم سهمه مع المسلمين .

فأما حديث سمرة فلم يثبت ، قال أحمد : الحسن لم يسمع من سمرة إنما هى صحيفة وقال عنه أحمد : إنما سمع الحسن من سمرة ثلاثة أحاديث ليس هذا منها ولأن الحسن أفتى بخلافه فإنه يقول لا يقتل الحر بالعبد ، وقال إذا قتل السيد عبده يضرب ومخالفته له تدل على ضعفه

( فصل ) ولا يقطع طرف الحر بطرف العبد بغير خلاف علمناه بينهم ويقتل العبد بالحر ويقتل بسيده لأنه إذا قتل بمثله فبمن هو أكمل منه أولى مع عموم النصوص الواردة فى ذلك ، ومتى وجب القصاص على العبد فعفى ولى الجناية الى المال فله ذلك ويتعلق أرشها برقبته لأنه موجب جنايته فتعلق برقبته كالقصاص ثم ان شاء سيده أن يسلمه الى ولى الجناية لم يلزمه أكثر من ذلك لأنه سلم اليه ما تعلق حقه به .

وإن قال ولى الجناية بعه وادفع الى ثمنه لم يلزمه ذلك ، لأنه لم يتعلق بذمته شىء وانما تعلق بالرقبة التى سلمها فبرىء منها ، وفيه وجه آخر أنه يلزمه ذلك كما يلزمه بيع الرهن ، وان امتنع من تسليمه واختار فداءه فهل تلزمه قيمته أو أرش الجناية جميعا ؟ على روايتين ذكرناهما فى غير هذا الموضع ، وان عفى عن القصاص ليملك رقبة العبد ففيه روايتان .

إحداهما : يملكه بذلك لأنه يملك إتلافه فكان ملكا له كسائر أمواله .

والثانية : لا يملكه لأنه محل تعلق به القصاص فلا يملكه بالعفو كالحر فعلى

هذه الرواية يتعلق أرش الجناية برقبته كما لو عفا على مال لأن العوض الذى عفى لأجله لم يصح له فكان له عوضه كالعقود الفاسدة .

( فصل ) ويجرى القصاص بين العبيد فى النفس فى قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن عمر بن عبد العزيز وسالم والنخعى والشعبى والزهرى وقتادة والثورى ومالك والشافعى وأبى حنيفة

وروى عن أحمد رواية أخرى : أن من شرط القصاص تساوى قيمتهم ، وان اختلفت قيمتهم لم يجر بينهم قصاص وينبغى أن يختص هذا بما إذا كانت قيمة القاتل أكثر فإن كانت أقل فلا وهذا قول عطاء ، وقال ابن عباس : ليس بين العبيد قصاص فى نفس ولا جرح لأنهم أموال .

ولنا أن الله تعالى قال ( يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد ) وهذا نص من الكتاب فلا يجوز خلافه لأن تفاوت القيمة كتفاوت الدية والفضائل فلا يمنع القصاص كالعلم والشرف والذكورية والأنوثية

( فصـــل )

ويجرى القصاص بينهم فيما دون النفس ، وبه قال عمر بن عبد العزيز وسالم والزهرى وقتادة ومالك والشافعى وأبو ثور وابن المنذر .

وعن أحمد رواية أخرى لا يجرى القصاص بينهم فيما دون النفس وهو قول الشعبى والنخعى والثورى وأبى حنيفة لأن الأطراف مال فلا يجرى القصاص فيها كالبهائم ولأن التساوى فى الأطراف معتبر فى جريان القصاص بدليل أنا لا نأخذ الصحيحة بالشلاء ولا كاملة الأصابع بالناقصة وأطراف العبيد لا تتساوى . ولنا قول الله تعالى ( وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين ) الآية ولأنه أحد نوعى القصاص فجرى بين العبيد كالقصاص فى النفس

( فصل ) وإذا وجب القصاص فى طرف العبد وجب للعبد وله استيفاؤه والعفو عنه .

( فصل ) ولو قتل عبد عبداً ثم عتق القاتل قتل به ، وكذلك لو جرح عبد عبداً ثم عتق الجارح ومات المجروح قتل به لأن القصاص وجب فلم يسقط بالعتق بعده ولأن التكافؤ موجود حال وجود الجناية وهى السبب فاكتفى به ، ولو جرح

حر ذمي عبداً ثم لحق بدار الحرب فأسر واسترق لم يقتل بالعبد لأنه حين وجوب القصاص حر .

( فصل ) وإذا قتل عبد عبداً عمداً فسيد المقتول مخير بين القصاص والعفو فإن عفى الى مال تعلق المال برقبة القاتل ، لأنه وجب بجنايته وسيده مخير بين فدائه وتسليمه فان اختار فداءه فداه بأقل الأمرين من قيمته أو قيمة المقتول لأنه إن كان الأقل قيمته لم يلزمه أكثر منها لأنها بدل عنه ، وان كان الأقل قيمة المقتول فليس لسيده أكثر منها لانها بدل عنه .

وعنه رواية أخرى أن سيده إن اختار فداءه لزمه أرش الجناية بالغا ما بلغ لأنه إذا سلمه للبيع ربما زاد فيه مزايد أكثر من قيمته فان قتل عشرة أعبد عبداً لرجل عمدا فعليهم القصاص ، فإن اختار السيد قتلهم فله قتلهم ، وان عفى إلى مال تعلقت قيمة عبده برقابهم على كل واحد منهم عشرها يباع منه بقدرها ويفديه سيده ، فإن اختار قتل بعضهم والعفو عن البعض كان ذلك له لأن له قتل جميعهم والعفو عن جميعهم .

وان قتل عبد عبدين لرجل واحد فله قتله والعفو عنه ، فإن قتله سقط حقه ، وان عفا إلى مال تعلقت قيمة العبدين برقبته فإن كانا لرجلين فكذلك إلا أن القاتل يقتل بالأول منهما لأن حقه أسبق فإن عفى عنه الأول قتل بالثاني . وان قتلهما دفعة واحدة أقرع بين السيدين فأيهما خرجت له القرعة اقتص وسقط حق الآخر وان عفا عن القصاص أو عفا سيد القتيل الأول عن القصاص الى مال تعلق برقبة العبد ، وللثاني أن يقتص لأن تعلق المال بالرقبة لا يسقط حق القصاص كما لو جنى العبد المرهون ، وان قتله الآخر سقط حق الاول من القيمة لانه لم يبق محل يتعلق به ، وان عفا الثاني تعلقت قيمة القتيل الثاني برقبته أيضا ويباع فيهما ويقسم ثمنه على قدر القيمتين ولم نقدم الاول بالقيمة كما قدمناه بالقصاص لان القصاص لا يتبعض بينهما والقيمة يمكن تبعيضها .

فإن قيل : لحق الاول أسبق ، قلنا : لا يراعى السبق كما لو أتلف أموالا لجماعة واحداً بعد واحد ، فأما ان قتل العبد عبدا بين شريكين كان لهما القصاص والعفو فإن عفا أحدهما سقط القصاص وينتقل حقهما إلى القيمة لان القصاص لا يتبعض

وان قتل عبدين لرجل واحد فله أن يقتص منه لأحدهما أيهما كان ويسقط حقه من الآخر وله أن يعفو عنه الى مال وتتعلق قيمتهما جميعا برقبته .

( فصل ) ويقتل العبد القن بالمكاتب والمكاتب به ويقتل كل واحد منهما بالمدبر وأم الولد ويقتل المدبر وأم الولد بكل واحد منهما لأن الكل عبيد فيدخلون فى عموم قوله تعالى ( والعبد بالعبد ) فقد دل على كون المكاتب عبداً قول النبى صلى الله عليه وسلم « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » وسواء كان المكاتب قد أدى من كتابته شيئا أو لم يؤد وسواء ملك مايؤدى أو لم يملك إلا إذا قلنا إنه إذا ملك ما يؤدى فقد صار حراً فإنه لا يقتل بالعبد لأنه حر فلا يقتل بالعبد ، وان أدى ثلاثة أرباع مال الكتابة لم يقتل به أيضا لأنه يصير حرا ومن لم يحكم بحريته إلا بأداء جميع الكتابة جاز قتله به .

وقال أبو حنيفة : إذا قتل العبد مكاتبا له وفاء ووارث سوى مولاه لم يقتل به لانه حين الجرح كان المستحق المولى وحين الموت الوارث ولا يجب القصاص إلا لمن يثبت حقه فى الطرفين .

ولنا قوله تعالى ( النفس بالنفس ) وقوله تعالى ( العبد بالعبد ) ولانه لو كان قناً لوجب بقتله القصاص فإذا كان مكاتبا كان أولى كما لو لم يخلف وارثا ، وما ذكروه شيء بنوه على أصولهم ولا نسلمه .

« مسألة » قال ( وإذا قتل الكافر العبد عمداً فعليه قيمته ويقتل لنقضه للعهد )

يعنى الكافر الحر لا يقتل بالعبد المسلم لان الحر لا يقتل بالعبد لفقدان التكافؤ بينهما ولانه لا يحد بقذفه فلا يقتل بقتله كالاب مع ابنه وعليه قيمته ويقتل لنقضه العهد ، فإن قتل المسلم ينتقض به العهد بدليل ما روى أن ذميا كان يسوق حمارا بامرأة مسلمة فنخسه بها فرماها ثم أراد إكراهها على الزنا فرفع الى عمر ( رض ) فقال ما على هذا صالحناهم فقتله وصلبه .

وروى فى شروط عمر أنه كتب الى عبد الرحمن بن غنم أن ألحق بالشروط من ضرب مسلما عمدا فقد خلع عهده ، ولأنه فعل ينافى الامان وفيه ضرر على المسلمين فكان نقضا للعهد كالاجتماع على قتال المسلمين والامتناع من أداء الجزية

وفيه رواية أخرى أنه لا ينتقض عهده بذلك فعلى هذا عليه قيمته ويؤدب بما يراه ولى الامر .

( فصل ) وان قتل عبد مسلم حرا كافرا لم يقتل به لانا لا نقتل المسلم بالكافر وان قتل من نصفه حر عبدا لم يقتل به لانا لا نقتل نصف الحر بعبد ، وان قتله حر لم يقتل به لان النصف الرقيق لا يقتل به الحر ، وان قتل من نصفه حر من نصفه حر قتل به لان القصاص يقع بين الجملتين من غير تفصيل وهما مستويان .

## ( فصـــل )

ويجرى القصاص بين الولاة والعمال وبين رعيتهم لعموم الآيات والأخبار ولان المؤمنين تتكافأ دماؤهم ولا نعلم فى هذا خلافا ، وثبت عن أبى بكر (رض) أنه قال لرجل شكى اليه عاملا أنه قطع يده ظلما لئن كنت صادقا لأقيدنك منه ، وثبت أن عمر رضى الله عنه كان يقيد من نفسه .

وروى أبو داود قال خطب عمر فقال : إنى لم أبعث عمالى ليضربوا أبشاركم ولا ليأخذوا أموالكم فمن فعل به ذلك فليرفعه الى أقصه منه ، فقال عمرو بن العاص لو أن رجلا أدب بعض رعيته تقصه منه ؟ قال أى والذى نفسى بيده أقصه منه ، وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أقص من نفسه ولأن المؤمنين تتكافؤ دماؤهم وهذان حران مسلمان ليس بينهما إيلاد فيجرى القصاص بينهما كسائر الرعية

( فصل ) وإذا قتل القاتل غير ولى الدم فعلى قاتله القصاص ولورثة الأول الدية فى تركة الجانى الاول وبهذا قال الشافعى ، وقال الحسن ومالك يقتل قاتله ويبطل دم الاول لانه فات محله فأشبه ما لو قتل العبد الجانى ، وروى عن قتادة وأبى هاشم لا قود على الثانى لأنه قتل مباح الدم فلم يجب بقتله قصاص كالزانى المحصن . ولنا على وجوب القصاص على قاتله أنه محل لم يتحتم قتله ولم يبح لغير ولى الدم قتله فوجب القصاص بقتله كما لو كان عليه دين .

ولنا على وجوب الدية فى تركة الجانى الاول أن القصاص إذا تعذر وجبت الدية كما لو مات أو عفا بعض الشركاء أوحدث مانع ، وفارق العبد الجانى فانه ليس له مال ينتقل اليه ، فإن عفا أولياء الثانى على الدية أخذوها ودفعوها الى ورثه الاول

فإن كانت عليه ديون ضم ما قبضوا من الدية إلى سائر تركته ثم ضرب أولياء المقتول الأول مع سائر أهل الديون فى تركته وديته ، وإن أحال ورثة المقتول الثانى ورثة المقتول الاول بالدية على القاتل الثانى صحت الحوالة . ويتخرج أن تجب دية القتيل الأول على قاتله ابتداء لأنه أتلف محل حق ورثته فكان غرامته عليه كما لو قتل العبد الجانى ، وإن مات القاتل عمداً وجبت الدية فى تركته ، وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة ومالك : يسقط حق ولى الجناية وتوجيه المذهبين على ما تقدم .

« مسألة » قال ﴿ والطفل والزائل العقل لا يقتلان بأحد ﴾

لا خلاف بين أهل العلم انه لا قصاص على صبى ولا مجنون ، وكذلك كل زائل العقل بسبب يعذر فيه مثل النائم والمغمى عليه ونحوهما ، والأصل فى هذا قول النبى ( ص ) « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق » ولأن القصاص عقوبة مغلظة فلم تجب على الصبى وزائل العقل كالحدود : ولأنهم ليس لهم قصد صحيح فهم كالقاتل خطأ .

( فصل ) فإن اختلف الجانى وولى الجناية ، فقال الجانى كنت صبيا حال الجناية وقال ولى الجناية كنت بالغا فالقول قول الجانى مع يمينه إذا احتمل الصدق ، لأن الأصل الصغر وبراءة ذمته من القصاص ، وإن قال قتلته وأنا مجنون وأنكر الولى جنونه ، فإن عرف له حال جنون فالقول قوله أيضا لذلك ، فإن لم يعرف له حال جنون فالقول قول الولى ، لأن الاصل السلامة ، وكذلك ان عرف له جنون ثم علم زواله قبل القتل ، وان ثبتت لأحدهما بينة بما ادعاه حكم له ، وان أقاما بينتين تعارضتا فان شهدت البينة أنه كان زائل العقل ، فقال الولى كنت سكران وقال القاتل كنت مجنونا فالقول قول القاتل مع يمينه لانه أعرف بنفسه ، ولان الاصل براءة ذمته واجتناب المسلم فعل ما يحرم عليه .

( فصل ) فان قتله وهو عاقل ثم جن لم يسقط عنه القصاص ، سواء ثبت ذلك عليه ببينة أو اقرار لأن رجوعه غير مقبول ويقتص منه فى حال جنونه ، ولو ثبت عليه الحد باقراره ثم جن لم يقم عليه حال جنونه لان رجوعه يقبل فيحتمل أنه لو كان صحيحا رجع .

( فصل ) ويجب القصاص على السكران اذا قتل حال سكره ، ذكره القاضى وذكر أبو الخطاب أن وجوب القصاص عليه مبنى على وقوع طلاقه وفيه روايتان فيكون فى وجوب القصاص عليه وجهان . أحدهما لا يجب عليه لانه زائل العقل أشبه المجنون ، ولانه غير مكلف أشبه الصبى والمجنون

ولنا أن الصحابة رضى الله عنهم أقاموا سكره مقام قذفه فأوجبوا عليه حد القاذف فلولا أن قذفه موجب للحد عليه لما وجب الحد بمظنته ؛ واذا وجب الحد فالقصاص المتمحض حق آدمى أولى ولانه حكم لو لم يجب القصاص والحد لأفضى الى أن من أراد أن يعصى الله تعالى شرب ما يسكره ثم يقتل ويزنى ويسرق ولا يلزمه عقوبة ولا مأثم ويصير عصيانه سببا لسقوط عقوبة الدنيا والآخرة عنه ولا وجه لهذا ، وفارق هذا الطلاق ، ولأنه قول يمكن الغاؤه بخلاف القتل . فأما ان شرب أو أكل مايزيل عقله غير الخمر على وجه محرم ، فان زال عقله بالكلية بحيث صار مجنونا فلا قصاص عليه ، وان كان يزول قريبا ويعود من غير تداو فهو كالسكر على ما فصل فيه .

« مسألة » قال ( ولا يقتل والد بولده وان سفل )

وجملته أن الاب لا يقتل بولده والجد لا يقتل بولد ولده وان نزلت درجته وسواء فى ذلك ولد البنين أو ولد البنات . وممن نقل عنه أن الوالد لا يقتل بولده عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وبه قال ربيعة والثورى والاوزاعى والشافعى واسحاق وأصحاب الرأى .

وقال ابن نافع وابن عبد الحكم وابن المنذر : يقتل به لظاهر آى الكتاب والاخبار الموجبة للقصاص ، ولانهما حران مسلمان من أهل القصاص فوجب أن يقتل كل واحد منهما بصاحبه كالاجنبيين . وقال ابن المنذر . قد رووا فى هذا أخباراً ، وقال مالك : ان قتله حذفا بالسيف ونحوه لم يقتل به ؛ وان ذبحه أو قتله قتلا لا يشك فى أنه عمد الى قتله دون تاديبه أقيد به .

ولنا ما روى عمر بن الخطاب وابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يقتل والد بولده » أخرج النسائى حديث عمر ، ورواهما ابن ماجه وذكرهما ابن عبد البر وقال : هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق

مستفيض عندهم يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عن الإسناد فيه حتى يكون الإسناد في مثله مع شهرته تكلفاً ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أنت ومالك لأبيك » وقضية هذه الاضافة تمليكه إياه فإذا لم تثبت حقيقة الملكية بقيت الاضافة شبهة في درء القصاص لانه يدرأ بالشبهات ولأنه سبب إيجاده فلا ينبغي أن يتسلط بسببه على إعدامه وما ذكرناه يخص العمومات ويفارق الأب سائر الناس فإنهم لو قتلوا بالحذف بالسيف وجب عليهم القصاص والأب بخلافه .

( فصــــل )

والجد وإن علا كالأب في هذا ، وسواء كان من قبل الاب أو من قبل الام في قول أكثر مسقطي القصاص عن الاب ، وقال الحسن بن حي يقتل به .

ولنا أنه والد فيدخل في عموم النص ، ولأن ذلك حكم يتعلق بالولادة فاستوى فيه القريب والبعيد كالمحرمية والعتق إذا ملكه ، والجد من قبل الاب كالجد من قبل الام ، لان ابن البنت يسمى ابنا ، قال النبي صلى الله عليه وسلم في الحسن « إن ابني هذا سيد »

« مسألة » قال ( والام في ذلك كالاب )

هــــذا الصحيح من المذهب وعليه العمل عند مسقطي القصاص عن الاب . وروى عن أحمد رحمه الله ما يدل على انه لا يسقط عن الام ، فإن مهنا نقل عنه في أم ولد قتلت سيدها عمداً تقتل ، قال من يقتلها ؟ قال ولدها . وهــــذا يدل على إيجاب القصاص على الام بقتل ولدها ، وخرجها أبو بكر على روايتين :

احداهما . أن الأم تقتل بولدها لأنه لا ولاية لها عليه فتقتل به كالاخ : والصحيح الاول لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يقتل والد بولده » ولأنها أحد الوالدين فأشبهت الأب ، ولانها أولى بالبر فكانت أولى بنفي القصاص عنها ، والولاية غير معتبرة بدليل انتفاء القصاص عن الاب بقتل الكبير الذي لا ولاية عليه وعن الجد ولا ولاية له وعن الاب المخالف في الدين أو الرقيق ، والجدة وان علت في ذلك كالأم : وسواء في ذلك من قبل الأب أو من قبل الأم لما ذكرنا في الجد .

( فصل ) وسواء كان الوالد مساوياً للولد فى الدين والحرية أو مخالفا له فى ذلك لأن انتفاء القصاص لشرف الأبوة وهو موجود فى كل حال ، فلو قتل الكافر ولده المسلم ، أو قتل المسلم أباه الكافر ، أو قتل العبد ولده الحر ، أو قتل الحر والده العبد لم يجب القصاص لشرف الأبوة فيما اذا قتل ولده ، وانتفاء المكافأة فيما إذا قتل والده .

( فصل ) واذا ادعى نفران نسب صغير مجهول النسب ثم قتلاه قبل إلحاقه بواحد منهما فلا قصاص عليهما لانه يجوز أن يكون ابن كل واحد منهما أو ابنهما وإن ألحقته القافة بأحدهما ثم قتلاه لم يقتل أبوه وقتل الآخر لانه شريك الأب فى قتل ابنه ، وإن رجعا جميعا عن الدعوى لم يقبل رجوعهما ، لأن النسب حق للولد فلم يقبل رجوعهما عن إقرارهما به ، كما لو أقر له بحق سواه ، أو كما لو ادعاه واحد فألحق به ثم جحده ، وان رجع أحدهما صح رجوعه وثبت نسبه من الآخر لان رجوعه لم يبطل نسبه ويسقط القصاص عن الذى لم يرجع ، ويجب على الراجع لانه شارك الاب ، وان عفى عنه فعليه نصف الدية ، ولو اشترك رجلان فى وطء امرأة فى طهر واحد وأتت بولد يمكن أن يكون منهما فقتلاه قبل الحاقه بأحدهما لم يجب القصاص ، وان نفيا نسبه لم ينتف بقولهما وان نفاه أحدهما لم ينتف بقوله لانه لحقه بالفراش فلا ينتفى الا باللعان ، وفارق التى قبلهامن وجهين أحدهما اذا رجع عن دعواه لحق الآخر ، وههنا لا يلحق بذلك .

والثانى أن ثبوت نسبه تم بالاعتراف فيسقط بالجحد ، وههنا يثبت بالاشتراك فى الوطء فلا ينتفى بالجحد . ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كما قلنا سواء .

( فصل ) ولو قتل أحد الابوين صاحبه ولهما ولد لم يجب القصاص لانه لو وجب لوجب لولده ولا يجب للولد قصاص على والده لانه اذا لم يجب بالجناية عليه فلأن لا يجب له بالجناية على غيره أولى ، وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى أو كان للمقتول ولد سواه أو من يشاركه فى الميراث أو لم يكن لانه لو ثبت القصاص لوجب له جزء منه ولا يمكن وجوبه ، واذا لم يثبت بعضه سقط كله لانه لا يتبعض وصار كما لو عفا بعض مستحق القصاص عن نصيبه منه ، فإن لم يكن للمقتول ولد منهما وجب القصاص فى قول أكثر أهل العلم ، منهم عمر بن عبد العزيز والنخعى

والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، وقال الزهرى : لا يقتل الزوج بامرأته لانه ملكها بعقد النكاح فأشبه الامة .

ولنا عمومات النص ، ولأنهما شخصان متكافئان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبة فيقتل به كالاجنبيين ، وقوله انه ملكها غير صحيح ، فإنها حرة ، وانما ملك منفعة الاستمتاع فأشبه المستأجرة ، ولهذا تجب ديتها عليه ويرثها ورثتها ولا يرث منها الا قدر ميراثه ، ولو قتلها غيره كانت ديتها أو القصاص لورثتها بخلاف الامة

( فصـــل )

ولو قتل رجل أخاه فورثه ابنه أو أحد يرث ابنه منه شيئا من ميراثه لم يجب القصاص لما ذكرنا ، ولو قتل خال ابنه فورثت أم ابنه القصاص أو جزءاً منه ثم ماتت بقتل الزوج أو غيره فورثها ابنه سقط القصاص ، لان ما منع مقارنا أسقط طارئا وتجب الدية ، ولو قتلت المرأة أخا زوجها فصار القصاص أو جزء منه لابنها سقط القصاص ، سواء صار اليه ابتداء أو انتقل اليه من أبيه أو من غيره لما ذكرنا .

( فصل ) واذا قتل أحد أبوى المكاتب المكاتب أو عبدا له لم يجب القصاص لان الوالد لا يقتل بولده ولا يثبت للولد على والده قصاص ، وان اشترى المكاتب أحد أبويه ثم قتله لم يجب عليه قصاص لان السيد لا يقتل بعبده .

( فصـــل ) ابنان قتل أحدهما أباه والآخر أمه ، فإن كانت الزوجية بينهما موجودة حال قتل الاول فالقصاص على قاتل الثانى دون الاول لان القتيل الثانى ورث جزءا من دم الاول فلما قتل ورثه قاتل الاول فصار له جزء من دم نفسه فسقط القصاص عنه ووجب له القصاص على أخيه فإن قتله ورثه ان لم يكن له وارث سواه لانه قتله بحق ، وان عفا عنه الى الدية وجبت وتقاصا بما بينهما وما فضل لأحدهما فهو له على أخيه ، وان لم تكن الزوجية بين الابوين قائمة فعلى كل واحد منهما القصاص لأخيه لأنه ورث الذى قتله أخوه وحده دون قاتله ، فإن بادر أحدهما فقتل صاحبه فقد استوفى حقه وسقط القصاص عنه لأنه يرث أخاه لكونه قتلا بحق فلا يمنع الميراث الا أن يكون للمقتول ابن أو ابن ابن يحجب القاتل فيكون له قتل عمه ويرثه إن لم يكن له وارث سواه .

وان تشاحا فى المبتدىء منهما بالقتل احتمل أن يبدأ بقتل القاتل الأول لأنه أسبق واحتمل أن يقرع بينهما ، وهذا قول القاضى ومذهب الشافعى لأنهما تساويا فى الاستحقاق فيصيرا إلى القرعة وأيهما قتل صاحبه أولا إما ببادله أو قرعة ورثه فى قياس المذهب إن لم يكن له وارث سواه وسقط عنه القصاص ، وان كان محجوبا عن ميراثه كله فلوارث القتيل قتل الآخر ، وان عفا أحدهما عن الآخر ثم قتل المعفو عنه العافى ورثه أيضا وسقط عنه ما وجب عليه من الدية ، وان تعافيا جميعا على الدية تقاصا بما استويا فيه ووجب لقاتل الأم الفضل على قاتل الأب لان عقل الام نصف عقل الاب ويتخرج أن يسقط القصاص عنهما لتساويهما فى استحقاقه لسقوط الديتين إذا تساوتا ولانه لا سبيل الى استيفائهما واستيفاء أحدهما دون الآخر حيف فلا يجوز فتعين السقوط .

وان كان لكل واحد منهما ابن يحجب عمه عن ميراث أبيه فإذا قتل أحدهما صاحبه ورثه ابنه ثم لابنه أن يقتل عمه ويرثه ابنه ويرث كل واحد من الابنين مال أبيه ومال جده الذى قتله عمه دون الذى قتله أبوه .

وان كان لكل واحد منهما ابنة فقتل أحدهما صاحبه سقط القصاص عنه لانه ورث نصف مال أخيه ونصف قصاص نفسه فسقط عنه القصاص وورث مال أبيه الذى قتله أخوه ونصف مال أخيه ونصف مال أبيه الذى قتله هو وورثت البنت التى قتل أبوها نصف مال أبيها ونصف مال جدها الذى قتله عمها ولها على عمها نصف دية قتيله .

## فصل

أربعة إخوة قتل الأول الثانى والثالث الرابع فالقصاص على الثالث لأنه لما قتل الرابع لم يرثه وورثه الاول ، وقد كان للرابع نصف قصاص الاول فرجع نصف قصاصه اليه فسقط ووجب للثالث نصف الدية وكان للأول قتل الثالث لانه لم يرث من دم نفسه شيئا فإن قتله ورثه فى ظاهر المذهب ويرث ما يرثه عن أخيه الثانى ، وان عفا عنه الى الدية وجبت عليه بكمالها يقاصه بنصفها ، وان كان لهما ورثة كان فيها من التفصيل مثل الذى فى التى قبلها .

« مسألة » قال ( ويقتل الولد بكل واحد منهما )

هذا قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وحكى أصحابنا عن أحمد رواية ثانية أن الإبن لا يقتل بأبيه لانه ممن لا تقبل شهادته له بحق النسب فلا يقتل به كالاب مع ابنه ، والمذهب أنه يقتل به للآيات والاخبار وموافقة القياس ، ولان الاب أعظم حرمة وحقا من الاجنبي فإذا قتل بالأجنبي فبالاب أولى ، ولانه يحد بقذفه فيقتل به كالاجنبي ولا يصح قياس الإبن على الاب لأن حرمة الوالد على الولد آكد والابن مضاف الى أبيه بلام التمليك بخلاف الوالد مع الولد .

وقد ذكر أصحابنا حديثين متعارضين عن سراقة عن النبي صلى الله عليه وسلم أحدهما : أنه قال « لا يقاد الاب من ابنه ولا الابن من أبيه » والثاني : أنه « كان يقيد الاب من ابنه ولا يقيد الابن من أبيه » رواه الترمذي وهذان الحديثان، أما الحديث الاول لا نعرفه ولم نجده في كتب السنن المشهورة ولا أظن له أصلا وان كان له أصل فهما متعارضان متدافعان يجب اطراحهما والعمل بالنصوص الواضحة الثابتة والاجماع الذي لا تجوز مخالفته .

« مسألة » قال ( ويقتل الجماعة بالواحد )

وجملته : أن الجماعة إذا قتلوا واحداً فعلى كل واحد منهم القصاص إذا كان كل واحد منهم لو انفرد بفعله وجب عليه القصاص ، روى ذلك عن عمر وعلي والمغيرة بن شعبة وابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وأبو سلمة وعطاء وقتادة ، وهو مذهب مالك والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي .

وحكى عن أحمد رواية أخرى لا يقتلون به وتجب عليهم الدية ، وهذا قول ابن الزبير والزهري وابن سيرين وحبيب بن أبي ثابت وعبد الملك وربيعة وداود وابن المنذر وحكاه ابن أبي موسى عن ابن عباس .

وروى عن معاذ بن جبل وابن الزبير وابن سيرين والزهري : أنه يقتل منهم

واحد ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية لأن كل واحد منهم مكافىء له فلا تستوفى أبدال بمبدل واحد كما لا تجب ديات لمقتول واحد ، ولأن الله تعالى قال ( الحر بالحر ) وقال ( وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ) فمقتضاه أنه لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة ولان التفاوت فى الأوصاف يمنع بدليل أن الحر لا يؤخذ بالعبد والتفاوت فى العدد أولى . قال ابن المنذر : لا حجة مع من أوجب قتل جماعة بواحد .

ولنا : إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، روى سعيد بن المسيب « أن عمر بن الخطاب قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً » .

وعن على رضى الله عنه أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلا . وعن ابن عباس أنه قتل جماعة بواحد ولم يعرف لهم فى عصرهم مخالف فكان إجماعاً ولأنها عقوبة تجب للواحد على الواحد فوجبت للواحد على الجماعة كحد القذف ، ويفارق الدية فإنها تتبعض والقصاص لا يتبعض ولأن القصاص لو سقط بالاشتراك أدى الى التسارع الى القتل به فيؤدى الى إسقاط حكمة الردع والزجر .

﴿ فصـــل ﴾

ولا يعتبر فى وجوب القصاص على المشتركين التساوى فى سببه فلو جرحه رجل جرحاً والآخر مائة ، أو جرحه أحدهما موضحة والآخر آمة أو أحدهما جائفة والآخر غير جائفة فمات كانا ســـواء فى القصاص والدية ، لان اعتبار التساوى يفضى الى سقوط القصاص عن المشتركين ، إذ لا يكاد جرحان يتساويان من كل وجه .

ولو احتمل التساوى لم يثبت الحكم لان الشرط يعتبر العلم بوجوده ولا يكتفى باحتمال الوجود بل الجهل بوجوده كالعلم بعدمه فى انتفاء الحكم ، ولأن الجرح الواحد يحتمل أن يموت منه دون المائة كما يحتمل أن يموت من الموضحة دون الآمة ومن غير الجائفة دون الجائفة ، ولان الجراح إذا صارت نفساً سقط اعتبارها فكان حكم الجماعة كحكم الواحد ، ألا ترى أنه لو قطع أطرافه كلها فمات وجبت دية واحدة كما لو قطع طرفه فمات ؟

## فصل

إذا اشترك ثلاثة فى قتل رجل فقطع أحدهم يده والآخر رجله وأوضحه الثالث فمات فللولى قتل جميعهم والعفو عنهم إلى الدية فيأخذ من كل واحد ثلثها وله أن يعفو عن واحد فيأخذ منه ثلث الدية ويقتل الآخرين وله أن يعفو عن اثنين فيأخذ منهما ثلثى الدية ويقتل الثالث ، فإن برئت جراحة أحدهم ومات من الجرحين الاخرين فله أن يقتص من الذى برىء جرحه بمثل جرحه ويقتل الاخرين أو يأخذ منهما دية كاملة أو يقتل أحدهما ويأخذ من الاخر نصف الدية وله أن يعفو عن الذى برىء جرحه ويأخذ منه دية جرحه : فإن ادعى الموضح أن جرحه برىء قبل موته وكذبه شريكاه نظرت فى الولى فإن صدقه ثبت حكم البرء بالنسبة اليه فلا يملك قتله ولا مطالبته بثلث الدية وله أن يقتص منه موضحة أو يأخذ منه أرشها ولم يقبل قوله فى حق شريكه لأن الأصل عدم البرء فيهما لكن ان اختار الولى القصاص فلا فائدة لهما فى إنكار ذلك لأن له أن يقتلهما سواء برئت أو لم تبرأ ، وان اختار الدية لم يلزمهما أكثر من ثلثيها ، وان كذبه الولى حلف وله الاقتصاص منه أو مطالبته بثلث الدية ولم يكن له مطالبة شريكه بأكثر من ثلثها فإن شهد له شريكاه ببرئها لزمهما الدية كاملة لاقرارهما بوجوبها وللولى أخذها منهما ان صدقهما وان لم يصدقهما وعفا الى الدية لم يكن له أكثر من ثلثيها لأنه لا يدعى أكثر من ذلك ، وتقبل شهادتهما له ان كانا قد تابا وعدلا لانهما لا يجران الى أنفسهما بذلك نفعاً فيسقط القصاص عنه ولا يلزمه أكثر من أرش موضحة :

( فصل ) إذا قطع رجل يده من الكوع ثم قطعها آخر من المرفق ثم مات نظرت فإن كانت جراحة الأول برئت قبل قطع الثانى فالثانى هو القاتل وحده وعليه القود أو الدية كاملة إن عفا عن قتله وله قطع يد الأول أو نصف الدية ؛ وان لم تبرأ فهما قاتلان وعليهما القصاص فى النفس ، وان عفا الى الدية وجبت عليهما ، وبهذا قال الشافعى .

*وقال أبو حنيفة . القاتل* هو الثانى وحده ولا قصاص على الاول فى النفس لان قطع الثانى قطع سراية قطعه ومات بعد زوال جنايته فأشبه ما لو اندمل جرحه .

وقال مالك : ان قطعه الثانى عقيب قطع الاول قتلا جميعا ، وان عاش بعد قطع الاول حتى أكل وشرب ومات عقيب قطع الثانى فالثانى هو القاتل وحده ، وان عاش بعدهما حتى أكل وشرب فللأولياء أن يقسموا على أيهما شاءوا ويقتلوه .

ولنا أنهما قطعان لو مات بعد كل واحد منهما وحده لوجب عليه القصاص . فاذا مات بعدهما وجب عليهما القصاص ، كما لو كان فى يدين ، ولان القطع الثانى لا يمنع جنايته بعده فلا يسقط حكم ما قبله ، كما لو كان فى يدين ، ولا نسلم زوال جنايته ولا قطع سرايته ، فان الالم الحاصل بالقطع الاول لم يزل ، وانما انضم اليه الالم الثانى فضعفت النفس عن احتمالهما فزهقت بهما ، فكان القتل بهما ، ويخالف الاندمال فانه لا يبقى معه الألم الذى حصل فى الاعضاء الشريفة فاختلفا .

فان ادعى الاول أن جرحه اندمل نصدقه الولى سقط عنه القتل ولزمه القصاص فى اليد أو نصف الديه ، وان كذبه شريكه واختار الولى القصاص فلا فائدة له فى تكذيبه لان قتله واجب ، وان عفا عنه الى الدية فالقول قوله مع يمينه ، ولا يلزمه أكثر من نصف الدية ، وان كذب الولى الاول حلف وكان له قتله لان الاصل عدم ما ادعاه ، ولو ادعى الثانى اندمال جرحه فالحكم فيه كالحكم فى الأول إذا ادعى ذلك .

« مسألة » قال ( وإذا قطعوا يدا قطعت نظيرتها من كل واحد منهم )

وجملته أن الجماعة إذا اشتركوا فى جرح موجب للقصاص وجب القصاص على جميعهم ، وبه قال مالك والشافعى وإسحاق وأبو ثور .

وقال الحسن والزهرى والثورى وأصحاب الرأى وابن المنذر : لا تقطع يدان بيد واحدة ويتعين ذلك وجها فى مذهب أحمد ، لانه روى عنه أن الجماعة لا يقتلون بالواحد ، وهذا تنبيه على أن الاطراف لا تؤخذ بطرف واحد ، لان الاطراف يعتبر التساوى فيها ، بدليل أنا لا نأخذ الصحيحة بالشلاء ، ولا كاملة الاصابع بناقصتها ، ولا أصلية بزائدة ولا زائدة بأصلية : ولا يمينا بيسار ولا يسارا بيمين ولا نساوى بين الطرف والاطراف ، فوجب امتناع القصاص بينهما ، ولا يعتبر التساوى فى النفس فاننا نأخذ الصحيح بالمريض ، وصحيح الاطراف بمقطوعها وأشلها

ولأنه يعتبر فى القصاص فى الاطراف التساوى فى نفس القطع ، بحيث لو قطع كل واحد من جانب لم يجب القصـــاص بخلاف النفس . ولأن الاشتراك الموجب للقصاص فى النفس يقع كثيراً فوجب القصاص زجراً عنه ، كيلا يتخذ وسيلة الى كثرة القتل .

والاشتراك المختلف فيه لا يقع الا فى غاية الندرة فلا حاجة الى الزجر عنه ، ولان ايجاب القصاص على المشتركين فى النفس يحصل به الزجر عن كل اشتراك أو عن الاشتراك المعتاد ، وايجابه عن المشتركين فى الطرف لا يحصل به الزجر عن الاشتراك المعتاد ، ولا عن شىء من الاشتراك الا على صورة نادرة الوقوع بعيدة الوجود يحتاج فى وجودها الى تكلف ، فايجاب القصاص للزجر عنها يكون منعاً لشىء ممتنع بنفسه لصعوبته واطلاقا فى القطع السهل المعتاد بنفى القصاص عن فاعله ، وهذا لا فائدة فيه بخلاف الاشتراك فى النفس .

يحققه أن وجوب القصاص على الجماعه بواحد فى النفس والطرف على خلاف الاصل لكونه يأخذ فى الاستيفاء زيادة على ما فوت عليه ويخل بالتماثل المنصوص على النهى عما عداه . وانما خولف هـذا الاصل فى الانفس زجراً عن الاشتراك الذى يتم القتل به غالبا . ففيما عداه يجب البقاء على أصل التحريم ، ولان النفس أشرف من الطرف ، ولا يلزم من المحافظة عليها بأخذ الجماعة بالواحد المحافظة على ما دونها بذلك .

ولنا ما روى أن شـاهدين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده . ثم جاءا بآخر فقالا : هذا هو السارق وأخطأنا فى الاول فرد شهادتهما على الثانى وغرمهما دية الاول ، وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما ، فأخبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمدا قطع يد واحدة ، ولانه أحد نوعى القصاص فتؤخذ الجماعة بالواحد كالانفس .

وأما اعتبار التســاوى فمثله فى الانفس ، فاننا نعتبر التساوى فيها فلا نأخذ مسـلما بكافر ولا حراً بعبد ، وأما أخذ صحيح الاطراف بمقطوعها فلأن الطرف ليس هو من النفس المقتص منها ، وانما يفوت تبعاً ، ولذلك كانت ديتها واحدة بخلاف اليد الناقصة والشلاء مع الصحيحة فإن ديتها مختلفة .

وأما اعتبار التساوى فى الفعل فإنما اعتبر فى اليد لانه يمكن مباشرتها بالقطع ، فإذا قطع كل واحد منهما من جانب كان فعل كل واحد منهما متميزاً عن فعل صاحبه فلا يجب على انسان قطع محل لم يقطع مثله . وأما النفس فلا يمكن مباشرتها بالفعل وانما أفعالهم فى البدن فيفضى ألمه اليها فتزهق ولا يتميز ألم فعل أحدهما من ألم فعل الآخر فكانا كالقاطعين فى محل واحد : ولذلك لا يستوفى من الطرف الا فى المفصل الذى قطع الجانى منه ولا يجوز تجاوزه ، وفى النفس لو قتله بجرح فى بطنه أو جنبه أو غير ذلك كان الاستيفاء من العنق دون المحل الذى وقعت الجناية فيه اذا ثبت هذا فإنما يجب القصاص على المشتركين فى الطرف اذا اشتركوا فيه على وجه لا يتميز فعل أحدهم عن فعل الآخر ، اما بأن يشهدوا عليه بما يوجب قطعه فيقطع ثم يرجعون عن الشهادة أو يكرهوا انساناً على قطع طرف فيجب قطع المكرهين كلهم والمكره أو يلقوا صخرة على طرف انسان فيقطعه أو يقطعوا يداً أو يقلعوا عينا بضربة واحدة أو يضعوا حديدة على مفصل ويتحاملوا عليها جميعا أو يمدوها فتبين .

فإن قطع كل واحد منهم من جانب أو قطع أحدهم بعض المفصل وأتمه غيره أو ضرب كل واحد ضربة أو وضعوا منشاراً على مفصله ثم مده كل واحد اليه مرة مرة حتى بانت اليد فلا قصاص فيه لان كل واحد منهم لم يقطع اليد ولم يشارك فى قطع جميعها . وان كان فعل واحد منهم يمكن الاقتصاص بمفرده اقتص منه . وهذا مذهب الشافعى .

« مسألة » قال ( واذا قتل الاب وغيره عمدا قتل من سوى الاب )

وبهذا قال مالك والشافعى وأبو ثور ، وعن أحمد رواية أخرى : لا قصاص على واحد منهما ، وهو قول أصحاب الرأى لانه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كقتل العامد والخاطىء والصبى والبالغ والمجنون والعاقل

ولنا أنه شارك فى القتل العمد العدوان فيمن يقتل به لو انفرد بقتله فوجب عليه القصاص كشريك الاجنبى ، ولا نسلم أن فعل الاب غير موجب فإنه يقتضى

الإيجاب لكونه تمحض عمداً عدواناً والجناية به أعظم إثما وأكثر جرما ، ولذلك خصه الله تعالى بالنهي عنه فقال (ولا تقتلوا أولادكم ـ ثم قال ـ إن قتلهم كان خطئا كبيراً ) ولما سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن أعظم الذنب قال « أن تجعل لله نداً وهو خلقك ، ثم أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك » فجعله أعظم الذنوب بعد الشرك ، ولأنه قطع الرحم التي أمر الله تعالى بصلتها ووضع الاساءة موضع الاحسان فهو أولى بإيجاب العقوبة والزجر عنه ، وإنما امتنع الوجوب في حق الاب لمعنى مختص بالمحل لا لقصور في السبب الموجب فلا يمتنع عمله في المحل الذي لا مانع فيه .

وأما شريك الخاطىء فلنا فيه منع ، ومع التسليم فامتناع الوجوب فيه لقصور السبب عن الايجاب ، فإن فعل الخاطىء غير موجب للقصاص ولا صالح له والقتل منه ومن شريكه غير متمحض عمداً لوقوع الخطأ في الفعل الذي حصل به زهوق النفس بخلاف مسألتنا .

( فصـــل ) وكل شريكين امتنع القصاص في حق أحدهما لمعنى فيه من غير قصور في السبب فهو في وجوب القصاص على شريكه كالأب وشريكه ، مثل أن يشترك مسلم وذمي في قتل عبد عمداً عدوانا ، فإن القصاص لا يجب على المسلم والحر ويجب على الذمي والعبد إذا قلنا بوجوبه على شريك الأب ، لأن امتناع القصاص عن المسلم لإسلامه وعن الحر لحريته وانتفاء مكافأة المقتول له . وهذا المعنى لا يتعدى الى فعله ولا الى شريكه فلم يسقط القصاص عنه .

وقد نقل عبد الله بن أحمد قال : سألت أبي رحمه الله عن حر وعبد قتلا عبدا عمداً ؟ قال : أما الحر فلا يقتل بالعبد وعلى الحر نصف قيمة العبد في ماله والعبد إن شاء سيده أسلمه وإلا فداه بنصف قيمة العبد ، وظاهر هذا أنه لاقصاص على العبد ، فيخرج مثل ذلك في كل قتل شارك فيه من لا يجب عليه القصاص .

« مسألة » قال ( واذا اشترك في القتل صبي ومجنون وبالغ لم يقتل واحد منهم وعلى العاقل ثلث الدية في ماله وعلى عاقلة كل واحد من الصبي والمجنون ثلث الدية وعتق رقبتين في أموالهما لأن عمدهما خطأ )

أما إذا شاركوا في القتل من لا قصاص عليه لمعنى في فعله كالصبي والمجنون

فالصحيح فى المذهب أنه لا قصاص عليه ، وبهذا قال الحسن والأوزاعى وإسحاق وأبو حنيفة وأصحابه، وهو أحد قولى الشافعى، وعن أحمد رواية أخرى: أن القود يجب على البالغ العاقل ، حكاها ابن المنذر عن أحمد

وحكى ذلك عن مالك وهو القول الثانى للشافعى ، وروى ذلك عن قتادة والزهرى وحماد ، لأن القصاص عقوبة تجب عليه جزاء لفعله ، فمتى كان فعله عمداً عدوانا وجب القصاص عليه ، ولا ننظر إلى فعل شريكه بحال ، ولأنه شارك فى القتل عمداً عدوانا فوجب عليه القصاص كشريك الاجنبى، وذلك لان الانسان إنما يؤخذ بفعله لا بفعل غيره ، فعلى هذا يعتبر فعل الشريك منفرداً ، فمتى تمحض عمداً عدوانا وكان المقتول مكافئا له وجب عليه القصاص .

وبنى الشافعى قوله على أن فعل الصبى والمجنون إذا تعمداه عمد لانهما يقصدان القتل وإنما سقوط القصاص عنهما لمعنى فيهما وهو عدم التكليف فلم يقتض سقوطه عن شريكهما كالابوة .

ولنا أنه شارك من لا مأثم عليه فى فعله فلم يلزمه قصاص كشريك الخاطىء ، ولان الصبى والمجنون لاقصد لهما صحيح، ولهذا لا يصح إقرارهما فكان حكم فعلهما حكم الخطأ ، وهذا معنى قول الخرقى عمدهما خطأ ، أى فى حكم الخطأ فى انتفاء القصاص عنه ومدار ديته وحمل عاقلتهما اياها ووجوب الكفارة . اذا ثبت هذا فإن الدية تجب عليهم أثلاثا على كل واحد منهم ثلثها ، لان الدية بدل المحل ولذلك اختلفت باختلافه ، والمحل المتلف واحد فكانت ديته واحدة ولانها تتقدر بقدره أما القصاص فإنما كمل فى كل واحد لانه جزاء الفعل وأفعالهم متعددة فتعدد فى حقهم وكمل فى حق كل واحد كالوقذف جماعة واحداً الا أن الثلث الواجب على المكلف يلزم فى ماله حالا لان فعله عمد والعاقلة لا تحمل العمد، وما يلزم الصبى والمجنون فعلى عاقلتهما لان عمدهما خطأ والعاقلة تحمل جناية الخطأ اذا بلغت ثلث الدية وتكون مؤجلة عاما . فإن الواجب متى كان ثلث الدية كان أجله عاما ويلزم كل واحد منهما الكفارة من ماله لان فعلهما خطأ ، والقاتل الخاطىء والمشارك فى القتل خطأ يلزمه كفارة لانها لا تجب بدلا عن المحل ، ولهذا لم تختلف وانما وجبت تكفيراً للفعل ومحواً لاثره فوجب تكميلها كالقصاص

« مسألة » قال ( ويقتل الذكر بالانثى والانثى بالذكر .

هذا قول عامة أهل العلم ، منهم النخعي والشعبي والزهري وعمر بن عبدالعزيز ومالك وأهل المدينة والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وغيرهم

وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال : يقتل الرجل بالمرأة ويعطى أولياؤه نصف الدية . أخرجه سعيد

وروى مثل هذا عن أحمد وحكى ذلك عن الحسن وعطاء ، وحكى عنهما مثل قول الجماعة ، ولعل من ذهب الى القول الثاني يحتج بقول علي رضي الله عنه . ولان عقلها نصف عقله فإذا قتل بها بقي له بقية فاستوفيت ممن قتله

ولنا قوله تعالى ( النفس بالنفس ) وقوله ( الحر بالحر ) مع عموم سائر النصوص وقد ثبت « أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل يهوديا رض رأس جارية من الانصار » وروى ابو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والاسنان وان الرجل يقتل بالمرأة » وهو كتاب مشهور عند أهل العلم متلقى بالقبول عندهم ولانهما شخصان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فقتل كل واحد منهما بالآخر كالرجلين، ولا يجب مع القصاص شيء لانه قصاص واجب فلم يجب معه شيء على المقتص كسائر القصاص .

واختلاف الابدال لا عبرة به في القصاص ، بدليل أن الجماعة يقتلون بالواحد والنصراني يؤخذ بالمجوسي مع اختلاف دينهما ، ويؤخذ العبد بالعبد مع اختلاف قيمتهما .

( فصل ) ويقتل كل واحد من الرجل والمرأة بالخنثى ويقتل بهما ، لانه لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى .

« مسألة » قال ( ومن كان بينهما في النفس قصاص فهو بينهما في الجراح )

وجملته أن كل شخصين جرى بينهما القصاص في النفس جرى القصاص بينهما في الاطراف فيقطع الحر المسلم بالحر المسلم ، والعبد بالعبد ، والذمي بالذمي والذكر بالانثى ، والانثى بالذكر ، ويقطع الناقص بالكامل كالعبد بالحر ، والكافر بالمسلم

ومن لا يقتل بقتله لا يقطع طرفه بطرفه ، فلا يقطع مسلم بكافر ، ولا حر بعبد ، ولا والد بولد ، وبهذا قال مالك والثوري والشافعي وأبو ثور وإسحاق وابن المنذر وقال أبو حنيفة : لا قصاص في الطرف بين مختلفي البدل فلا يقطع الكامل بالناقص ولا الناقص بالكامل ، ولا الرجل بالمرأة ولا المرأة بالرجل ، ولا الحر بالعبد ولا العبد بالحر ، ويقطع المسلم بالكافر والكافر بالمسلم ، لأن التكافؤ معتبر في الاطراف بدليل أن الصحيحة لا تؤخذ بالشلاء ولا الكاملة بالناقصة ، فكذا لا يؤخذ طرف الرجل بطرف المرأة ولا يؤخذ طرفها بطرفه ، كما لا تؤخذ اليسرى باليمنى

ولنا أن من جرى بينهما القصاص في النفس جرى في الطرف كالحرين ، وما ذكروه يبطل بالقصاص في النفس فان التكافؤ معتبر ، بدليل أن المسلم لا يقتل بمستأمن ثم يلزمه أن يأخذ الناقصة بالكاملة ، لأن المماثلة قد وجدت وزيادة فوجب أخذها بها إذا رضي المستحق . كما تؤخذ ناقصة الأصابع بكاملة الاصابع ، وأما اليسار واليمين فيجريان مجرى النفس لاختلاف محليهما ، ولهذا استوى بدلهما فعلم أنها ليست ناقصة عنها شرعا ولا العلة فيهما ذلك

« مسئلة » قال ( واذا قتلاه وأحدهما مخطيء والآخر متعمد فلا قود على واحد منهما وعلى العامد نصف الدية في ماله وعلى عاقلة المخطيء نصفها وعليه في ماله عتق رقبة مؤمنة )

أما المخطيء فلا قصاص عليه للكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى ( وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا الا خطأ ، ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ) وقال تعالى ( وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به )

وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان » وأجمع أهل العلم على أنه لا قصاص عليه ، وأما شريكه فأكثر أهل العلم لا يرون عليه قصاصا . وبه قال النخعي والشافعي وأصحاب الرأي . وروي عن أحمد أن عليه القصاص . وحكي ذلك عن مالك لأنه شارك في القتل عمدا عدوانا فوجب عليه القصاص كشريك العامد ، ولأن مؤاخذته بفعله ، وفعله عمد وعدوان لا عذر له فيه .

ولنا أنه قتل لم يتمحض عمداً فلم يوجب القصاص كشبه العمد ، وكما لو قتله واحد بجرحين عمداً وخطأ ، ولأن كل واحد من الشريكين مباشر ومتسبب ، فاذا كانا عامدين فكل واحد متسبب الى فعل موجب للقصاص فقام فعل شريكه مقام فعله لتسببه اليه ، وههنا إذا أقمنا المخطيء مقام العامد صار كأنه قتله بعمد وخطأ وهذا غير موجب .

( فصل ) وهل يجب القصاص على شريك نفسه وشريك السبع ؟ فيه وجهان ذكرهما أبو عبد الله بن حامد ، وصورة ذلك أن يجرحه سبع ويجرحه إنسان عمداً ، إما قبل ذلك أو بعده فيموت منهما ، أو يجرح نفسه عمدا ثم يجرحه غيره عمدا فيموت منهما ، فهل يجب على المشارك له قصاص ؟ فيه وجهان ، واختلف عن الشافعي فيه .

وقال أصحاب الرأي : لا قصاص عليه لأنه شارك من لا يجب القصاص عليه فلم يلزمه قصاص كشريك الخاطيء ، ولأنه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كالقتل الحاصل من عمد وخطأ ، ولأنه اذا لم يجب على شريك الخاطيء وفعله مضمون ، فلأن لا يجب على شريك من لا يضمن فعله أولى .

والوجه الثاني : عليه القصاص وهو قول أبي بكر ، وروى عن أحمد أنه قال إذا جرحه رجل ثم جرح الرجل نفسه فمات فعلى شريكه القصاص ، لأنه قتل عمد متمحض فوجب القصاص على الشريك فيه كشريك الاب ، فأما ان جرح الرجل نفسه خطأ كأنه أراد ضرب جارحة فأصاب نفسه أو خاط جرحه فصادف اللحم الحي فلا قصاص على شريكه فى أصح الوجهين ، وفيه وجه آخر أن عليه القصاص بناء على الروايتين فى شريك الخاطيء .

( فصل ) فإن جرحه إنسان فتداوى بسم فمات نظرت فان كان سم ساعة يقتل فى الحال فقد قتل نفسه وقطع سراية الجرح وجرى مجرى من ذبح نفسه بعد أن جرح وننظر فى الجرح فإن كان موجبا للقصاص فلوليه استيفاؤه وإن لم يكن موجبا له فلوليه الارش ، وإن كان السم لا يقتل فى الغالب وقد يقتل بفعل الرجل فى نفسه عمد خطأ والحكم فى شريكه كالحكم فى شريك الخاطيء ، وإذا لم يجب

القصاص فعلى الجارح نصف الدية ، وان كان السم يقتل غالبا بعد مدة احتمل أن يكون عمد الخطأ أيضاً لأنه لم يقصد القتل إنما قصد التداوى فيكون كالذى قتله واحتمل أن يكون فى حكم العمد فيكون فى شريكه الوجهان المذكوران فى الفصل الذى قبله ، وان جرح رجل فخاط جرحه أو أمر غيره فخاطه له وكان ذلك مما يجوز أن يقتل فحكمه حكم ما لو شرب سما يجوز أن يقتل على ما مضى فيه ، وان خاطه غيره بغير إذنه كرها فهما قاتلان عليهما القود ، وان خاطه وليه أو الإمام وهو ممن لا ولاية عليه فهما كالأجنبي وان كان لهما عليه ولاية فلا قود عليهما لأن فعلهما جائز لهما إذ لهما مداواته فيكون ذلك خطأ ، وهل على الجارح القود ؟ فيه وجهان بناء على شريك الخاطىء .

« مسألة » قال ( ودية العبد قيمته ، وان بلغت ديات )

أجمع أهل العلم أن فى العبد الذى لا تبلغ قيمته دية الحر قيمته ، وان بلغت قيمته دية الحر أو زادت عليها ، فذهب أحمد رحمه الله الى أن فيه قيمته بالغة ما بلغت ، وان بلغت ديات عمداً كان القتل أو خطأ سواء ضمن باليد أو بالجناية وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز وإياس بن معاوية والزهرى ومكحول ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبى يوسف وقال النخعى والشعبى والثورى وأبو حنيفة ومحمد لا تبلغ به دية الحر .

وقال أبو حنيفة : ينتقص عن دية الحر ديناراً أو عشرة دراهم القدر الذى يقطع به السارق ، وهذا إذا ضمن بالجناية وان ضمن باليد بأن يغصب عبداً فيموت فى يده فإن قيمته تجب ، وان زادت على دية الحر . واحتجوا بأنه ضمان آدمى فلم يزد على دية الحر كضمان الحر وذلك لأن الله تعالى لما أوجب فى الحر دية لا تزيد وهو أشرف لخلوصه من نقيصة الرق كان تنبيها على أن دية العبد المنقوص لا يزاد عليها فنجعل مالية العبد معياراً للقدر الواجب فيه مالم يزد على الدية فإذا زاد علمنا خطأ ذلك فنرده الى دية الحر كأرش مادون الموضحة يجب فيه ماتخرجه الحكومة مالم يزد على أرش الموضحة فنرده اليها .

ولنا أنه مال متقوم فيضمن بكمال قيمته بالغة ما بلغت كالفرس أو مضمون

بقيمته فكانت جميع القيمة كما لو ضمنه باليد ، ويخالف الحر فإنه ليس بمضمون بالقيمة وانما ضمن بما قدره الشرع فلم يتجاوزه ، ولأن ضمان الحر ليس بضمان مال ولذلك لم يختلف باختلاف صفاته وهذا ضمان مال يزيد بزيادة المالية وينقص بنقصانها فاختلفا ، وقد حكى أبو الخطاب عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنه لا يبلغ بالعبد دية الحر ، والمذهب الأول .

# باب القود

القود القصاص ، ولعله إنما سمي بذلك لأن المقتص منه فى الغالب يقاد بشيء يربط فيه أو بيده الى القتل فسمي القتل قوداً لذلك .

( مسألة ) قال ( ولو شق بطنه فأخرج حشوته فقطعها فأبانها منه ثم ضرب عنقه آخر فالقاتل هو الأول ، ولو شق بطنه ثم ضرب عنقه آخر فالثانى هو القاتل لأن الأول لا يعيش مثله والثاني قد يعيش مثله )

وجملته : أنه اذا جنى عليه اثنان جنايتين نظرنا فإن كانت الاولى أخرجته من حكم الحياة مثل قطع حشوته أى مافى بطنه وإبانتها منه أو ذبحه ثم ضرب عنقه الثاني فالاول هو القاتل لانه لا يبقى مع جنايته حياة فالقود عليه خاصة وعلى الثاني التعزير كما لو جنى على ميت ، وان عفا الولى الى الدية فهى على الأول وحده . وان كان جرح الاول يجوز بقاء الحياة معه مثل شق البطن من غير إبانة الحشوة أو قطع طرف ثم ضرب عنقه آخر فالثاني هو القاتل لأنه لم يخرج الأول من حكم الحياة فيكون الثاني هو المفوت لها فعليه القصاص فى النفس والدية كاملة ان عفا عنه .

ثم تنظر فى جرح الأول ، فإن كان موجبا للقصاص كقطع الطرف فالولى مخير بين قطع طرفه والعفو عن ديته مطلقا . وان كان لا يوجب القصاص كالجائفة ونحوها فعليه الارش وإنما جعلنا عليه القصاص لان فعل الثاني قطع سراية جراحه فصار كالمندمل الذي لا يسرى ، وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا ، ولو كان جرح الاول يفضى إلى الموت لا محالة إلا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى معه

الحياة المستقرة مثل خرق المعى أو أم الدماغ فضرب الثانى عنقه فالقاتل هو الثانى لأنه فوت حياة مستقرة .

وقيل هو فى حكم الحياة بدليل أن عمر رضى الله عنه لما جرح دخل عليه الطبيب فسقاه لبنا فخرج يصلد فعلم الطبيب أنه ميت فقال : اعهد الى الناس ، فعهد اليهم وأوصى وجعل الخلافة إلى أهل الشورى فقبل الصحابة عهده وأجمعوا على قبول وصاياه وعهده ، فلما كان حكم الحياة باقيا كان الثانى مفوتا لها فكان هو القاتل كما لو قتل عليلا لا يرجى برء علته .

( فصل ) إذا ألقى رجلا من شاهق فتلقاه آخر بسيف فقتله فالقصاص على من قتله لأنه فوت حياته قبل المصير الى حال يئسوا فيها من حياته فأشبه ما لو رماه إنسان بسهم قاتل فقطع آخر عنقه قبل وقوع السهم به أو ألقى عليه صخرة فأطار آخر رأسه بالسيف قبل وقوعها عليه ، وبهذا قال الشافعى ان رماه من مكان يجوز أن يسلم منه وان رماه من شاهق لا يسلم منه الواقع ففيه وجهان .

أحدهما : كقولنا . والثانى . الضمان عليهما بالقصاص والدية عند سقوطه لأن كل واحد منهما سبب للاتلاف .

ولنا أن الرمى سبب والقتل مباشرة فانقطع حكم السبب كالدافع مع الحافر والجارح مع الذابح وكالصور التى ذكرنا ، وماذكروه باطل بهذه الاصول المذكورة

« مسأله » قال ( واذا قطع يديه ورجليه ثم عاد فضرب عنقه قبل أن تندمل جراحه قتل ولم تقطع يداه ولا رجلاه فى إحدى الروايتين عن أبى عبد الله رحمه الله والرواية الاخرى قال : إنه لأهل أن يفعل به كما فعل ، فإن عفا عنه الولى فعليه دية واحدة )

وجملة ذلك : أن الرجل إذا جرح رجلا ثم ضرب عنقه قبل اندمال الجرح فالكلام فى المسأله فى حالين .

أحدهما : أن يختار الولى القصاص ، فاختلفت الرواية عن أحمد فى كيفية الاستيفاء : فروى عنه لا يستوفى إلا بالسيف فى العنق ، وبه قال عطاء والثورى وأبو يوسف ومحمد لما روى عن النبى ( ص ) أنه قال « لا قود إلا بالسيف »

رواه ابن ماجه ، ولأن القصاص أحد بدلى النفس فدخل الطرف فى حكم الجملة كالدية فإنه لو صار الأمر الى الدية لم تجب الا دية النفس ، ولأن القصد من القصاص فى النفس تعطيل الكل وإتلاف الجملة ، وقد أمكن هذا بضرب العنق فلا يجوز تعديته بإتلاف أطرافه كما لو قتله بسيف كال فإنه لا يقتل بمثله .

والرواية الثانية عن أحمد قال : إنه لأهل أن يفعل به كما فعل، يعنى أن للمستوفى أن يقطع أطرافه ثم يقتله ، وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز ومالك والشافعى وأبى حنيفة وأبى ثور لقول الله تعالى ( وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ) وقوله سبحانه ( فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ) ولأن النبى صلى الله عليه وسلم « رض رأس يهودى لرضه رأس جارية من الأنصار بين حجرين » ولأن الله تعالى قال ( والعين بالعين ) وهذا قد قلع عينه فيجب أن تقلع عينه للآية .

وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من حرق حرقناه ، ومن غرق غرقناه » ولأن القصاص موضوع على المماثلة ولفظه مشعر به فوجب أن يستوفى منه مثل ما فعل كما لو ضرب العنق آخر غيره ، فأما حديث « لا قود إلا بالسيف » فقال أحمد : ليس إسناده بجيد .

الحال الثانى : أن يصير الأمر الى الدية إما بعفو الولى أو كون الفعل خطأ أو شبه عمد أو غير ذلك فالواجب دية واحدة ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى، وقال بعضهم تجب دية الاطراف المقطوعة ودية النفس لأنه لما قطع بسراية الجرح بقتله صار كالمستقر فأشبه ما لو قتله غيره ، ولهذا لم يسقط القصاص فيه .

ولنا أنه قاتل قبل استقرار الجرح فدخل أرش الجراحة فى أرش النفس كما لو سرت إلى نفسه والقصاص فى الاطراف على إحدى الروايتين لا يجب ، وان وجب فان القصاص لا يشبه الدية لأن سرايه الجرح لا تسقط القصاص فيه وتسقط ديته

( فصل ) ومتى قلنا له أن يستوفى بمثل ما فعل بوليه فأحب أن يقتصر على ضرب عنقه فله ذلك وهو أفضل ، وان قطع أطرافه التى قطعها الجانى أو بعضها ثم عفا عن قتله فكذلك لأنه تارك بعض حقه : وإن قطع بعض أطرافه ثم عفا إلى الدية

لم يكن له ذلك لأن جميع ما فعل بوليه لا يجب به الا دية واحدة فلا يجوز أن يستوفى بعضه ويستحق كمال الدية فإن فعل فله ما بقي من الدية فإن لم يبق منها شيء فلا شيء له .

وإن قلنا ليس له أن يستوفى إلا بضرب العنق فاستوفى منه بمثل ما فعل فقد أساء ولا شيء عليه سوى المأثم لأن فعل الجاني فى الاطراف لم يوجب عليه شيئاً يختص بها فكذلك فعل المستوفى إن قطع الجاني طرفا واحداً ثم عفا الى الدية لم يكن له إلا تمامها ، وان قطع ما تجب به الدية ثم عفا لم يكن له شيء ، وإن قطع ما يجب به أكثر من الدية ثم عفا احتمل أن يلزمه مازاد على الدية لانه لا يستحق أكثر من دية وقد فعل ما يوجب أكثر منها فكانت الزيادة عليه ، واحتمل أن لا يلزمه شيء لانه لو قتله لم يلزمه شيء فإذا ترك قتله وعفا عنه فأولى أن لا يلزمه شيء ولانه فعل بعض ما فعل بوليه فلم يلزمه شيء كما لو قلنا ان له أن يستوفى مثل مافعل به .

( فصل ) فان قطع يديه ورجليه أو جرحه جرحاً يوجب القصاص اذا انفرد فسرى الى النفس فله القصاص فى النفس ، وهل له أن يستوفى القطع قبل القتل ؟ على روايتين ذكرهما القاضي وبناهما على الروايتين المذكورتين فى المسألة .

إحداهما : ليس له قطع الطرف ، وهو مذهب أبي حنيفة لأن ذلك يفضى الى الزيادة على ما جناه الاول والقصاص يعتمد المماثلة ، فمتى خيف فيه الزيادة سقط كما لو قطع يده من نصف الذراع .

والثانية : يجب القصاص فى الطرف فان مات به وإلا ضربت عنقه ، وهذا مذهب الشافعي لما ذكرناه فى أول المسألة ، وذكر أبو الخطاب أنه لا يقتص منه فى الطرف رواية واحدة ؛ وأنه لا يصح تخريجه على الروايتين فى المسألة لافضاء هذا الى الزيادة ، بخلاف المسألة . والصحيح تخريجه على الروايتين : وليس هذا بزيادة لان فوات النفس بسراية فعله وسراية فعله كفعله فأشبه ما لو قطعه ثم قتله ولان زيادة الفعل فى الصورة محتمل فى الاستيفاء كما لو قتله بضربة فلم يمكن قتله فى الاستيفاء الا بضربتين .

( فصل ) وان جرحه جرحا لا قصاص فيه ولا يلزم فوات الحياة به مثل أن

أجافه أو أمه أو قطع يده من نصف ذراعه أو رجله من نصف ساقه فمات منه أو قطع يداً ناقصة الأصابع أو شلاء أو زائدة ويد القاطع أصلية صحيحة ، فالصحيح فى المذهب أنه ليس له فعل مثل ما فعل ، وليس له أن يقتص إلا فى العنق بالسيف ، ذكره أبو بكر والقاضى .

وقال غيرهما فيه رواية أخرى : أن له أن يقتص بمثل ما فعله ، لأنه صار قتلا فكان له القصاص بمثل فعله ، كما لو رض رأسه بحجر فقتله به ، والصحيح الأول لأن هذا لو انفرد لم يكن فيه قصاص فلم يجز القصاص فيه مع القتل ، كما لو قطع يمينه ولم يكن للقاطع يمين لم يكن له أن يستوفى من يساره ، وفارق ما إذا رض رأسه فمات ، لأن ذلك الفعل قتل مفرد ، وههنا قتل وقطع ، والقطع لا يوجب قصاصا فبقى بمجرد القتل ، فإذا جمع المستوفى بينهما فقد زاد قطعا لم يرد الشرع باستيفائه فيكون حراماً ، وسواء فى هذا ما إذا قطع ثم قتل عقيبه ، وبين ما إذا قطع فسرى الى النفس .

( فصل ) فأما قطع اليمنى ولا يمنى للقاطع أو اليد ولا يد له ، أو قلع العين ولا عين له فمات المجنى عليه فإنه يقتل بالسيف فى العنق ولا قصاص فى طرفه ولا أعلم فيه خلافا ، لأن القصاص إنما يكون من مثل العضو المتلف وهو ههنا معدوم ولأن القصاص فعل مثل ما فعل الجانى ولا سبيل اليه ، ولأنه لو قطع ثم عفا عن القتل لصار مستوفيا رجلا ممن لم يقطع له مثلها أو أذناً بدلا عن عين ، وهذا غير جائز ، وهذا يدل على فساد الوجه الثانى فى الفصل الذى قبله .

( فصل ) وإن قتله بغير السيف ، مثل أن قتله بحجر أو هدم أو تغريق أو خنق فهل يستوفى القصاص بمثل فعله ؟ فيه روايتان . إحداهما له ذلك ، وهو قول مالك والشافعى . والثانية لا يستوفى الا بالسيف فى العنق ، وبه قال أبو حنيفة فيما اذا قتله بمثقل الحديد على إحدى الروايتين عنده أو جرحه فمات ، ووجه الروايتين ما تقدم فى أول المسألة ، ولأن هذا لا تؤمن معه الزيادة على ما فعله الجانى فلا يجب القصاص بمثل آلته ، كما لو قطع الطرف بآلة كالة أو مسمومة أو بالسيف فإنه لا يستوفى بمثله ، ولأن هذا لا يقتل به المرتد فلا يستوفى به القصاص ، كما لو قتله بتجريع الخمر أو بالسحر ، ولا تفريع على هذه الرواية ، فأما على الرواية

الأخرى فإنه اذا فعل به مثل فعله فلم يمت قتله بالسيف ؛ وهذا أحد قولى الشافعى . والقول الثانى أنه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت به لأنه قتله بذلك فله قتله بمثله .

ولنا أنه قد فعل به مثل فعله فلم يزد عليه ، كما لو جرحه جرحا أو قطع منه طرفاً فاستوفى منه الولى مثله فلم يمت به فإنه لا يكرر عليه الجرح بغير خلاف ويعدل الى ضرب عنقه فكذا ههنا .

( فصل ) وان قتله بمالا يحل لعينه ، مثل أن لاط به فقتله أو جرعه خمراً أو سحره لم يقتل بمثله اتفاقا ويعدل الى القتل بالسيف ، وحكى أصحاب الشافعى فيمن قتله باللواط وتجريع الخمر وجها آخر أنه يدخل فى دبره خشبه يقتله بها ويجرعه الماء حتى يموت .

ولنا أن هذا محرم لعينه فوجب العدول عنه الى القتل بالسيف ، كما لو قتله بالسحر ، وان حرقه فقال بعض أصحابنا لايحرق لأن التحريق محرم لحق الله تعالى لقول النبى صلى الله عليه وسلم « لا يعذب بالنار الا رب النار » ولانه داخل فى عموم الخبر ، وهذا مذهب أبى حنيفة . وقال القاضى : الصحيح أن فيه روايتين كالتغريق . إحداهما يحرق ، وهو مذهب الشافعى لما روى البراء بن عازب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه » وحملوا الحديث الاول على غير القصاص فى المحرق .

( فصل ) اذا زاد مستوفى القصاص فى النفس على حقه ، مثل أن يقتل وليه فيقطع المقتص أطرافه أو بعضها ، نظرنا فإن عفا عنه بعد قطع طرفه فعليه ضمان ما أتلف بديته ، وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال مالك والشافعى وابن المنذر وأبو يوسف ومحمد : لا ضمان عليه ولكن قد أساء ويعزر ، وسواء عفا عن القاتل أو قتله لانه قطع طرفاً من جملة استحق إتلافها فلم يضمنه ، كما لو قطع أصبعا من يد يستحق قطعها .

ولنا أنه قطع طرفا له قيمة حال القطع بغير حق فوجب عليه ضمانه كما لو عفا عنه ثم قطعه أو كما لو قطعه أجنبى ، فأما ان قطعه ثم قتله احتمل أن يضمنه أيضا لانه يضمنه إذا عفا عنه فكذلك اذا لم يعف عنه لأن العفو إحسان فلا يكون

موجباً للضمان واحتمل أن لا يضمنه ، وهو قول أبي حنيفة . لأنه لو قطع متعديا ثم قتل لم يضمن الطرف ، فلأن يضمنه إذا كان القتل مستحقا أولى .

فأما القصاص فلا يجب فى الطرف بحال ، ولا نعلم فى هذا خلافا لأن القصاص عقوبة تدرأ بالشبهات ، والشبهة ههنا متحققة لأنه متحقق لإتلاف هذا الطرف ضمنا لاستحقاقه إتلاف الجملة ولا يلزم من سقوط القصاص أن لا تجب الدية ، بدليل امتناعه لعدم المكافآت .

فأما إن كان الجانى قطع طرفه ثم قتله فاستوفى منه بمثل فعله فقد ذكرناه فيما مضى ، وان قطع طرفا غير الذى قطعه الجانى كان الجانى قطع يده فقطع المستوفى رجله احتمل أن يكون بمنزلة ما لو قطع يده لأن ديتهما واحدة . واحتمل أن تلزمه دية الرجل لأن الجانى لم يقطعها فأشبه ما لو لم يقطع يده .

( فصـــل )

فأما ان كانت الزيادة فى الاستيفاء لأنه الطرف ، مثل ان استحق قطع أصبع فقطع اثنتين فحكمه حكم القاطع ابتداء ان كان عمداً من مفصل أو شجة يجب فى مثلها القصاص فعليه القصاص فى الزيادة ، وان كان خطأ أو جرحا لا يوجب القصـــاص ، مثل من يستحق موضحة فاستوفاها هاشمة فعليه أرش الزيادة الا أن يكون ذلك بسبب من الجانى كاضطرابه حال الاستيفاء فلا شيء على المقتص لأنه حصل بفعل الجانى ، فإن اختلفا هل فعله خطأ أو عمداً فالقول قول المقتص مع يمينه لأن هذا مما يمكن الخطأ فيه وهو أعلم بقصده .

وان قال المقتص حصل هذا باضطرابك أو فعل من جهتك ، فالقول قول المقتص منه لانه منكر ، فان سرى الاستيفاء الذى حصلت فيه الزيادة الى نفس المقتص منه فمات أو الى بعض أعضائه ، مثل أن قطع أصبعه فسرى الى جميع يده أو اقتص منه بآلة كالة أو مسمومة أو فى حال حر مفرط أو برد شديد فسرى ، فقال القاضى . على المقتص نصف الدية لأنه تلفـــ بفعلين : جائز ومحرم ، ومضمون وغير مضمون ، فانقسم الواجب عليهما نصفين ، كما لو جرحه جرحا فى حال ردته ، وجرحا بعد اسلامه فمات منهما ، وهذا كله مذهب الشافعى .

ويحتمل أن يلزمه ضمان السراية كلها فيما اذا اقتص بآلة مسمومة

أو كالة لأن الفعل كله محرم ، بخلاف قطع الأصبعين فإن أحدهما مباح

( فصل ) قال القاضي : ولا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان ، وحكاه عن أبي بكر وهو مذهب الشافعي ، لأنه أمر يفتقر الى الاجتهاد ويحرم الحيف فيه فلا يؤمن الحيف مع قصد التشفي . فإن استوفاه من غير حضرة السلطان وقع الموقع ويعزر لافتياته بفعل ما منع فعله ، ويحتمل أن يجوز الاستيفاء بغير حضور السلطان إذا كان القصاص في النفس لأن « رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم ، برجل يقوده بنسعة ، فقال : ان هذا قتل أخي فاعترف بقتله . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اذهب فاقتله » رواه مسلم بمعناه . ولأن اشتراط حضور السلطان لا يثبت الا بنص أو اجماع أو قياس ولم يثبت ذلك ، ويستحب أن يحضر شاهدين لئلا يجحد المجني عليه الاستيفاء ، وإذا أراد الولي الاستيفاء فعلى السلطان أن يتفقد الآلة التي يستوفى بها، فإن كانت كالة منعها الاستيفاء بها لئلا يعذب المقتول

وقد روى شداد بن أوس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إن الله كتب الإحسان على كل شيء . فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته »

وإن كانت مسمومة منعه الاستيفاء بها لأنها تفسد البدن وربما منعت غسله ، وإن عجل فاستوفى بآلة كالة أو مسمومة عزر ، وإن كان السيف صارماً غير مسموم نظر في الولي فان كان يحسن الاستيفاء ويكمله بالقوة والمعرفة مكنه منه لقوله تعالى ( ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ) وقال عليه السلام « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين فان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » ولأنه حق له متميز فكان له استيفاؤه بنفسه اذا أمكنه كسائر الحقوق ، وان لم يحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل لأنه عاجز عن استيفاء حقه

فإن ادعى الولي المعرفة بالاستيفاء فأمكنه السلطان من ضرب عنقه فضرب عنقه فأبانه فقد استوفى حقه، وان أصاب غيره وأقر بتعمد ذلك عزر. وان قال أخطأت وكانت الضربة في موضع قريب من العنق كالرأس والمنكب قبل قوله مع يمينه لأن هذا مما يجوز الخطأ في مثله ، وان كان بعيداً كالوسط والرجلين لم يقبل قوله لأن مثل هذا لا يقع الخطأ فيه : ثم ان أراد العود ففيه وجهان

أحدهما : لا يمكن منه لأنه تبين منه أنه لا يحسن الاستيفاء ويحتمل العود الى مثل فعله . والثاني : يمكن منه ، قاله القاضي ، لأن الظاهر تحرزه عن مثل ذلك ثانيا ، وان كان الولي لا يحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل فيه لانه حقه فكان له التوكيل فى استيفائه كسائر حقوقه . فإن لم يجد من يوكله الا بعوض أخذ العوض من بيت المال .

قال بعض أصحابنا : يرزق من بيت المال رجل يستوفى الحدود والقصاص لان هذا من المصالح العامة ، فإن لم يحصل ذلك فالاجرة على الجانى لانها أجرة لإيفاء الحق الذى عليه فكانت عليه كأجرة الكيال فى بيع المكيل ، ويحتمل أن تكون على المقتص لانه وكيله فكانت الاجرة على موكله كسائر المواضع ، والذى على الجانى التمكين دون الفعل ، ولهذا لو أراد أن يقتص من نفسه لم يمكن منه ، ولانه لو كانت عليه أجرة التوكيل للزمته أجرة الولى اذا استوفى بنفسه .

وان قال الجانى أنا أقتص لك من نفسى لم يلزم تمكينه ولم يجز ذلك له لان الله قال ( ولا تقتلوا أنفسكم ) ولان معنى القصاص أن يفعل به كما فعل ولان القصاص حق عليه لغيره فلم يجز أن يكون هو المستوفى له كالبائع لا يستوفى من نفسه .

( فصل ) وان كان القصاص لجماعة من الاولياء وتشاحوا فى المتولى منهم للاستيفاء أمروا بتوكيل أحدهم أو واحد من غيرهم ، ولم يجز أن يتولاه جميعهم لما فيه من تعذيب الجانى وتعدد أفعالهم ، فإن لم يتفقوا على واحد وتشاحوا . وكان كل واحد منهم يحسن الاستيفاء أقرع بينهم ، لان الحقوق اذا تساوت وعدم الترجيح صرنا الى القرعة ، كما لو تشاحوا فى تزويج موليتهم . فمن خرجت له القرعة أمر الباقون بتوكيله ، ولا يجوز له الاستيفاء بغير اذنهم لان الحق لهم فلا يجوز استيفاؤه بغير اذنهم ، وان لم يتفقوا على توكيل واحد منعوا الاستيفاء حتى يوكلوا

« مسألة » قال ( وان كانت الجراح برئت قبل قتله فعلى المعفو عنه ثلاث ديات الا أن يريدوا القود فيقيدوا ويأخذوا من ماله ديتين ) .

أما اذا قطع يديه ورجليه فبرئت جراحه ثم قتله فقد استقر حكم القطع وللولى

القتيل الخيار إن شاء عفا وأخذ ثلاث ديات : دية لنفسه ودية ليديه ودية لرجليه وان شاء قتله قصاصا بالقتل وأخذ ديتين لأطرافه وان أحب قطع أطرافه الاربعة وأخذ دية لنفسه وان أحب قطع يديه وأخذ ديتين لنفسه ورجليه وإن أحب قطع رجليه وأخذ ديتين لنفسه ويديه ، وان أحب قطع طرفا واحداً وأخذ دية الباقي وان أحب قطع ثلاثة أطراف وأخذ دية الباقي . وكذلك سائر فروعها لأن حكم القطع استقر قبل القتل بالاندمال فلم يتغير حكمه بالقتل الحادث بعده كما لو قتله أجنبي ولا نعلم في هذا مخالفا .

## فصل

فإن اختلف الجاني والولي في اندمال الجرح قبل القتل وكانت المدة بينهما يسيرة لايحتمل اندماله في مثلها فالقول قول الجاني بغير يمين ، وإن اختلفا في مضي المدة فالقول قول الجاني مع يمينه لأن الأصل عدم مضيها ، وان كانت المدة مما يحتمل البرء فيها فالقول قول الولي مع يمينه لأنه قد وجد سبب وجوب دية اليدين بقطعهما والجاني يدعي سقوط ديتهما بالقتل والأصل عدم ذلك ، فإن كانت للجاني بينة ببقاء المجني عليه ضمنا حتى قتله حكم له ببينته ، وان كان للولي بينة ببرئه حكم له أيضا .

وإن تعارضتا قدمت بينة الولي لأنها مثبتة للبرء ، ويحتمل أن يكون القول قول الجاني إذا لم يكن لهما بينة لأن الأصل بقاء الجراحة وعدم اندمالها ، وان قطع أطرافه فمات واختلفا : هل برأ قبل الموت أو مات بسراية الجرح أو قال الولي أنه مات بسبب آخر كان لدغ أو ذبح نفسه أو ذبحه غيره فالحكم فيما إذا مات بغير سبب آخر كالحكم فيما إذا قتله سواء ، وأما إذا مات بقتل أو سبب آخر ففيه وجهان .

أحدهما : تقديم قول الجاني لان الظاهر بقاء الجناية والاصل عدم سبب آخر فيكون الظاهر معه .

والثاني : القول قول ولي الجناية لان الاصل بقاء الديتين اللتين وجد سببهما حتى يوجد ما يزيلهما فان كانت دعواهما بالعكس فقال الولي مات من سراية

قطعك فعليك القصاص فى النفس فقال الجانى بل اندملت جراحه قبل موته أو ادعى موته بسبب آخر فالقول قول الولى مع يمينه لأن الجرح سبب للموت فقد تحقق ، والأصل عدم الاندمال وعدم سبب آخر يحصل الزهوق به وسواء كان الجرح فيما يجب به القصاص فى الطرف كقطع اليد من مفصل ولا يوجبه كالجائفة والقطع من غير مفصل ، وهذا كله مذهب الشافعى .

« مسألة » قال ( ولو رمى وهو مسلم كافراً عبداً فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فلا قود ، وعليه دية حر مسلم إذا مات من سهمه )

هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعى ، وقال أبو بكر يجب القود لأنه قتل مكافئا له ظلما عمداً فوجب القصاص كما لو كان حراً مسلما حال الرمى ، يحققه أن الاعتبار بحال الجناية بدليل ما لو رمى مسلما حيا فلم يقع به السهم حتى ارتد أو مات لم يلزمه شىء ، ولو رمى عبداً كافراً فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فعليه دية حر مسلم .

وقال أبو حنيفة يلزمه فى العبد دية عبد لمولاه لأن الإصابة ناشئة عن إرسال السهم فكان الاعتبار بها كحالة الجرح . فأما الكافر فمذهبه أن ديته دية المسلم وأنه يقتل به المسلم وكذلك يقتل الحر بالعبد .

ولنا على درء القصاص : أنه لم يتعمد إلى نفس مكافئة له حال الرمى فلم يجب عليه قصاص كما لو رمى حربيا أو مرتداً فأسلم وعلى أبى حنيفة أنه أتلف حراً فضمنه ضمان الأحرار كما لو قصد صيداً ، وما قاله يبطل بما إذا رمى حيا فأصابه ميتا أو صحيحا فأصابه معيبا .

ولنا على أن ديته تجب لورثته دون سيده وأنه إذا أسلم تجب ديته لورثته المسلمين دون الكفار إن مات مسلما حراً فكانت ديته لورثته المسلمين كما لو كان كذلك حال رميه ولأن الميراث إنما يستحق بالموت فتعتبر حاله حينئذ لا حين سبب الموت بدليل ما لو مرض وهو عبد كافر ثم أسلم ومات بتلك العلة والواجب بدل المحل فيعتبر بالمحل الذى فات بها فيجب بقدره وقد فات بها نفس حر مسلم والقصاص جزاء الفعل فيعتبر الفعل فيه والإصابة معا لأنهما طرفاه فلذلك لم يجب القصاص بقتله

( فصل ) ولم يفرق الخرقي بين كون الكافر ذميا أو غيره إلا أنه يتعين التفريق فيه فتى رمى إلى حربي فى دار الحرب فأسلم قبل وقوع الرميه به فلا دية له وفيه الكفارة لأنه رمى مندوب إليه مأمور به فأشبه مالو قتله فى دار الحرب يظنه حربيا وكان قد أسلم وكتم إسلامه، وفيه رواية أخرى أن فيه الدية على عاقلة القاتل لأنه نوع خطأ فكذلك ههنا ، ولو رمى مرتداً فى دار الإسلام فأسلم ثم وقع السهم به ضمنه لأنه مفرط بإرسال سهمه عليه لأن قتل المرتد إلى الإمام لا إلى آحاد الناس وقتله بالسيف لا بالسهم .

( فصل ) ولو رمى حربيا فتترس بمسلم فأصابه فقتله نظرنا فإن كان تترس به بعد الرمي ففيه الكفارة ، وفى الدية على عاقلة الرامي روايتان كالتى قبلها ، وإن تترس به قبل الرمي لم يجز رميه إلا أن يخاف على المسلمين فيرمى الكافر ولا يقصد المسلم فإذا قتله ففي ديته أيضا روايتان . وإن رماه من غير خوف على المسلم فقتله فعليه ديته لأنه لم يجز له رميه .

## ( فصـــل )

ولو قطع يد عبد ثم أعتق ومات أو يد ذمى ثم أسلم ومات ففيه وجهان . أحدهما : الواجب دية حر مسلم لورثته ولسيده منها أقل الأمرين من ديته أو أرش جنايته اعتباراً بحال استقرار الجناية .

وقال القاضي وأبو بكر تجب قيمة العبد بالغة مابلغت مصروفة الى السيد اعتباراً بحال الجناية لأنها الموجب للضمان ، فاعتبرت حال وجودها ، ومقتضى قولهما ضمان الذمى الذى أسلم بدية ذمى ويلزمهما على هذا أن يصرفاها الى ورثته من أهل الذمة وهو غير صحيح لأن الدية لا تخلو من أن تكون مستحقة للمجنى عليه أو لورثته ، فإن كانت له وجب أن تكون لورثته المسلمين كسائر أمواله وأملاكه كالذي كسبه بعد جرحه ، وان كانت تحدث على ملك ورثته فورثته هم المسلمون دون الكفار .

( فصل ) وإذا قطع أنف عبد قيمته ألف دينار فاندمل ثم أعتقه السيد وجبت قيمته بكمالها للسيد ، وان أعتقه ثم اندمل فكذلك لأنه إنما استقر بالإندمال

ماوجب بالجنايه والجناية كانت فى ملك سيده ، وان مات من سراية الجرح فكذلك فى قول أبى بكر والقاضى وهو قول المزنى ، لان الجناية يراعى فيها حال وجودها

وذكر القاضى أن أحمد نص عليه فى رواية حنبل فيمن فقأ عينى عبد ثم أعتق ومات ففيه قيمته لا الدية ومقتضى قول الخرقى أن الواجب فيه دية حر ، وهو مذهب الشافعى لان اعتبار الجناية بحالة الاستقرار ، وقد ذكرناه وتصرف الى السيد لانه استحق أقل الامرين من ديته أو أرش الجرح والدية ههنا أقل الامرين وما ذكروه ينتقض بما اذا قطع يديه ورجليه فمات بسراية الجرح فإن الواجب دية النفس لا دية الجرح .

## فصـــل

وان قطع يد عبد فأعتق ثم عاد فقطع رجله واندمل القطعان فلا قصاص فى اليد لأنها قطعت فى حال رقه ويجب فيها نصف قيمته أو ما نقصه القطع لسيده ويجب القصاص فى الرجـــل التى قطعها حال حريته أو نصف الدية ان عفا عن القصاص لورثته ، وان اندمل قطع اليد وسرى قطع الرجل الى نفسه فني اليد نصف القيمة لسيده وعلى القاطع القصاص فى النفس أو الدية كاملة لورثته ، وان اندمل قطع الرجل وسرى قطع اليد فني الرجل القصاص بقطعها أو نصف الدية لورثته ولا قصاص فى اليد ولا فى سرايتها وعلى الجانى دية حر لسيده منها أقل الأمرين من أرش القطع أو دية الحر على قول ابن حامد .

وعلى قول أبى بكر والقاضى تجب قيمة العبد لسيده اعتباراً بحال جنايته ، وان سرى الجرحان لم يجب القصاص فى النفس ولا اليد لانه مات من جرحين موجب وغير موجب فلم يجب القصاص كما لو جرحه جرحين عمداً وخطأ ولكن يجب القصاص فى الرجل لانه قطعها من حر فإن اقتص منه وجب نصف الدية لأنه مات من جنايته وقد استوفى منه ما يقابل نصف الدية وللسيد أقل الامرين من نصف القيمة أو نصف الدية .

فان زاد نصف الدية على نصف القيمة كان الزائد للورثة ، وان عفا ورثته عن القصاص فلهم أيضا نصف الدية .

وان كان قاطع الرجل غير قاطع اليد واندمل الجرحان فعلى قاطع اليد نصف

القيمة لسيده وعلى قاطع الرجل القصاص فيها أو نصف الدية ، وان سرى الجرحان الى نفسه فلا قصاص على الاول لانه قطع يد عبد وعليه نصف دية حر لان المجنى عليه حر فى حال قرار الجناية وعلى الثانى القصاص فى النفس اذا كان عمد القطع لأنه شارك فى القتل عمداً عدوانا فهو كشريك الأب ويتخرج أن لاقصاص عليه فى النفس لان الروح خرجت من سرايه قطعين موجب وغير موجب بناء على شريك الأب ، وان عفا عنه الى الدية فعليه نصف دية حر ، وان قلنا بوجوب القصاص فى النفس خرج فى وجوبه فى الطرف روايتان ، وان قلنا لا تجب فى النفس وجب فى الرجل .

( فصل ) وان قلع عين عبد ثم أعتق ثم قطع آخر يده ثم قطع آخر رجله فلا قود على الاول سواء اندمل جرحه أو سرى ، وأما الآخران فعليهما القود فى الطرفين ان وقف قطعهما أو ديتهما ان عفا عنهما وان سرت الجراحات كلها فعليهما القصاص فى النفس لان جنايتهما صارت نفسا وفى ذلك وفى القصاص فى الطرف اختلاف وقد ذكرناه ، وان عفا عنهما فعليهم الدية أثلاثا وفيما يستحقه السيد وجهان .

أحدهما : أقل الأمرين من نصف القيمة أو ثلث الدية ، هذا قياس قول أبى بكر لانه بالقطع استحق نصف القيمة فإذا صارت نفسا وجب فيها ثلث الدية فكان له أقل الامرين .

والثانى : له أقل الامرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية لان الجناية اذا صارت نفسا كان الاعتبار بما آلت اليه ، ألا ترى أنه لو جنى الجانيان الآخران قبل العتق أيضا لم يكن على الاول الا ثلث القيمة فلا يزيد حقه بالعتق كما لو قلع رجل عينه ثم باعه سيده ثم قطع آخر يده وآخر رجله ثم مات فإنه يكون للأول ثلث القيمة وان كان أرش الجناية نصف القيمة فإذا قلنا بالوجه الاول فلو كان الاول قطع اصبعيه أو هشمه والجانيان فى الحرية قطعا يده فالدية عليهم أثلاثا للسيد منها أقل الامرين من أرش الاصبع وهو عشر القيمة أو ثلث الدية . ولو كان الجانى فى حال الرق قطع يديه والجانيان فى الحرية قطعا رجليه وجبت الدية أثلاثا

وكان للسيد منها أقل الأمرين من جميع قيمته أو ثلث الدية ، وعلى الوجه الآخر يكون له فى الفرعين أقل الأمرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية .

( فصــــل ) فإن كان الجانيان فى حال الرق والواحد فى حال الحرية فمات فعليهم الدية ، وللسيد من ذلك فى أحد الوجهين أقل الأمرين من أرش الجنايتين أو ثلثى الدية وعلى الآخر أقل الأمرين من ثلثى القيمة أو ثلثى الدية .

( فصل ) وإن كان الجناة أربعة واحد فى الرق وثلاثة فى الحريه ومات كان للسيد فى أحد الوجهين الأقل من أرش الجناية أو ربع الدية وعلى الآخر الأقل من ربع القيمة أو ربع الدية ، وان كان الثلاثة فى الرق والواحد فى الحرية كان للسيد أقل الامرين من أرش الجنايات وثلاثة أرباع الدية فى أحد الوجهين ، وفى الآخر الاقل من ثلاثة أرباع القيمة أو ثلاثة أرباع الدية ، ولو كانوا عشرة واحد فى الرق وتسعة فى الحرية ، فالدية عليهم ، وللسيد فيها بحساب ما ذكرنا على اختلاف الوجهين .

( فصـل . فإن قطع يده ثم أعتق فقطع آخر رجله ، ثم عاد الأول فقتله بعد الاندمال فعليه القصاص للورثة ونصف القيمة للسيد ، وعلى الآخر القصـاص للورثة فى الرجل أو نصف الدية ، فإن كان قبل الاندمال فعلى الجانى الأول القصاص فى النفس دون اليد لأنه قطعها فى رقه ، فإن اختار الورثة القصاص فى النفس سقط حق السيد ، لأنه لا يجوز أن يستحق عليه النفس ، وأرش الطرف قبل الاندمال فان الطرف داخل فى النفس فى الارش . وإن اختاروا العفو فعليه الدية دون أرش الطرف ، لأن أرش الطرف يدخل فى النفس ، وللسـيد أقل الامرين من نصف القيمة أو أرش الطرف والباقى للورثة . وأما الثانى فعليه نصف القصاص فى الرجل لان القتل قطع سرايتها ، فصار كما لو اندملت ، فإن عفا عنه فعليه القصاص فى النفس ، وهل يقطع طرفه ؟ على روايتين ، فإن عفا الورثة فعليه دية واحدة ، وأما الأول فعليه نصف القيمة للسيد ولا قصاص عليه . وان كان القاتل ثالثا فقد استقر القطعان ، ويكون على الاول نصفـــ القيمة لسيده ، وعلى الثانى القصاص فى الرجل أو نصفـــ الدية لورثته ، وعلى الثالث القصاص فى النفس أو الدية .

( فصـــل )

وإذا قطع رجل يد عبده ثم أعتقه ، ثم اندمل جرحه فلا قصاص عليه ولا ضمان ، لأنه إنما قطع يد عبده ، وإنما استقر بالاندمال ما وجب بالجراح ، وإن مات بعد العتق بسراية الجرح فلا قصاص فيه ، لأن الجناية كانت على مملوكه ، وفي وجوب الضمان وجهان . أحدهما : لا يجب شيء ، لأنه مات بسراية جرح غير مضمون ، أشبه ما لو مات بسراية القطع في الحد وسراية القود ، ولأنا تبينا أن القطع كان قتلا فيكون قاتلا لعبده فلا يلزمه ضمانه كما لو لم يعتقه .

والثاني يضمنه بما زاد على أرش القطع من الدية ، لأنه مات وهو حر بسراية قطع عدوان فيضمن ، كما لو كان القاطع أجنبيا لكن يسقط أرش القطع لانه في ملكه ، ويجب الزائد لورثته ، فان لم يكن له وارث سواه وجب لبيت المال ، ولا يرث السيد شيئا لان القاتل لا يرث .

« مسألة » قال ( وإذا قتل رجل اثنين واحداً بعد واحد ، فاتفق أولياء الجميع على القود أقيد لهما ، وإن أراد ولي الاول القود والثاني الديه أقيد للأول وأعطى أولياء الثاني الدية من ماله ، وكذلك إن أراد أولياء الاول الدية والثاني القود )

وجملة ذلك أنه إذا قتل اثنين فاتفق أولياؤهما على قتله بهما قتل بهما ، وان أراد أحدهما القود والاخر الدية قتل لمن أراد القود ، وأعطى أولياء الثاني الدية من ماله ، سواء كان المختار للقود الثاني أو الاول ، وسواء قتلهما دفعة واحـــدة أو دفعتين ، فان بادر أحدهما فقتله وجب للآخر الدية في ماله أيهما كان .

وقال أبو حنيفة ومالك : يقتل بالجماعة ليس لهم الا ذلك ، فان طلب بعضهم الدية فليس له ، وان بادر أحدهم فقتل سقط حق الباقين ، لأن الجماعة لو قتلوا واحداً قتلوا به ، فكذلك اذا قتلهم واحد قتل بهم كالواحد بالواحد .

وقال الشافعي : لا يقتل الا بواحد ، سواء اتفقوا على طلب القصاص أو لم يتفقوا ، لانه اذا كان لكل واحد استيفاء القصاص فاشتراكهم في المطالبة لا يوجب تداخل حقوقهم كسائر الحقوق .

ولنا على أبي حنيفة قول النبي صلى الله عليه وســـلم « فمن قتل له قتيل فأهله

بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا العقل ، فظاهر هذا أن أهل كل قتيل يستحقون ما اختاروه من القتل أو الدية . فإذا اتفقوا على القتل وجب لهم ، وإن اختار بعضهم الدية وجب له بظاهر الخبر ، ولأنهما جنايتان لا يتداخلان إذا كانتا خطأ أو أحدهما فلم يتداخلا فى العمد كالجنايات على الاطراف وقد سلموها .

ولنا على الشافعى : أنه محل تعلق به حقان لايتسع لهما معا رضى المستحقان به عنهما فيكتفى به ، كما لو قتل عبد عبدين خطأ فرضى بأخذه عنهما ؛ ولأنهما رضيا بدون حقهما فجاز ، كما لو رضى صاحب الصحيحة بالشلاء ، أو ولى الحر بالعبد وولى المسلم بالكافر ، وفارق ماإذا كان القتل خطأ ، فإن الجناية تجب فى الذمة ، والذمة تتسع لحقوق كثيرة ، وما ذكره مالك وأبو حنيفة فليس بصحيح ، فإن الجماعة قتلوا بالواحد لئلا يؤدى الاشتراك الى اسقاط القصاص تغليظا للقصاص ، ومبالغة فى الزجر . وفى مسألتنا ينعكس هذا . فإنه اذا علم أن القصاص واجب عليه بقتل واحد ، وان قتل الثانى والثالث لا يزداد به عليه حق بادر الى قتل من يريد قتله وفعل مايشتهى فعله فيصير هذا كإسقاط القصاص عنه ابتداء مع الدية .

( فصــــل )

وان طلب كل ولى قتله بوليه مستقلا من غير مشاركة قدم الأول لأن حقه أسبق ولأن المحل صار مستحقا له بالقتل الأول ، فإن عفا ولى الأول فلولى الثانى قتله ، وان طالب ولى الثانى قبل طلب الأول بعث الحاكم الى ولى الاول فأعلمه ، وان بادر الثانى فقتله أساء وسقط حق الاول الى الدية ، وان كان ولى الأول غائبا أو صغيرا أو مجنونا انتظر ، وان عفا أولياء الجميع الى الديات فلهم ذلك ، وان قتلهم دفعة واحدة وتشاحوا فى المستوفى أقرع بينهم ، فقدم من تقع له القرعة لتساوى حقوقهم ، وان بادر غيره فقتله استوفى حقه ويسقط حق الباقين الى الدية وان قتلهم متفرقا وأشكل الاول ، أو ادعى كل ولى أنه الاول ولا بينة لهم فأقر القاتل لأحدهم قدم بإقراره ؛ وان لم يقر أقرعنا بينهم لاستواء حقوقهم .

( فصــل ) وان قطع يمنى رجلين فالحكم فيه كالحكم فى الانفس على ما ذكرنا من التفصيل والاختلاف ، الا أن أصحاب الرأى قالوا : يقاد لهما جميعا ، ويغرم لهما

دية اليد فى ماله نصفين : وهذا لا يصح لانه يفضى الى ايجاب القود فى بعض العضو والدية فى بعضه ، والجمع بين البدل والمبدل فى محل واحد ، ولم يرد الشرع به ، ولا له نظير يقاس عليه .

( فصل ) وان قطع يد رجل ثم قتل آخر ، ثم سرى القطع الى نفس المقطوع فمات فهو قاتل لهما ، فاذا تشاحا فى المستوفى للقتل قتل بالذى قتله ، لان وجوب القتل عليه أسبق ؛ فان القتل بالذى قطعه انما وجب عند السراية ، وهى متأخرة عن قتل الآخر

وأما القطع فان قلنا انه يستوفى منه مثل مافعل ، فانه يقطع له أولا ، ثم يقتل للذى قتله ، ويجب للأول نصف الدية ، وان قلنا : لا يستوفى القطع ، وجبت له الدية كاملة ، ولم يقطع طرفه ، ويحتمل أن يجب له القطع على كل حال ، لان القطع انما يدخل فى القتل عند استيفاء القتل ، فاذا تعذر استيفاء القتل وجب استيفاء الطرف لوجوب مقتضيه ، وعدم المانع من استيفائه كما لو لم يسر ولو كان قطع اليد لم يسر الى النفس ، فانه تقطع يده أولا ثم يقتل ، وسواء تقدم القطع أو تأخر وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال مالك : يقتل ولا يقطع ، لانه اذا قتل تلف الطرف فلا فائدة فى القطع ، فأشبه ما لو كانا لواحد .

ولنا أنهما جنايتان على رجلين فلم يتداخلا كقطع يدى رجلين ، وما ذكره من القياس غير صحيح ، لانه قد قال لو قطع يد رجل ثم قتله يقصد المثلة به قطع وقتل ونحن نوافقه على هذا فى رواية ، فقد حصل الاجماع منا ومنهم على انتفاء التداخل فى الاصل فكيف نقيس عليه ؟ ولكنه ينقلب دليلا عليه ، فنقول : قطع وقتل فيستوفى منه ، مثل ما فعل ، كما لو فعله برجل واحد يقصد المثلة به ، ويثبت الحكم فى محل النزاع بطريق التنبيه ، فانه اذا لم يتداخل حق الواحد فحق الاثنين أولى ويبطل بهذا ما قاله من المعنى .

( فصل ) وان قطع أصبعا من يمين رجل ويمينا لآخر ؛ وكان قطع الاصبع أسبق قطعت أصبعه قصاصا ، وخير الآخر بين العفو الى الدية وبين القصاص وأخذ دية الاصبع ، ذكره القاضى ، وهو اختيار ابن حامد ، ومذهب الشافعى لانه وجد بعض حقه . فكان له استيفاء الموجود وأخذ بدل المفقود ، كمن أتلف مثليا

لرجل فوجد بعض المثل. وقال أبو بكر: يخير بين القصاص ولا شيء له معه، وبين الدية ، هذا قياس قوله وهو مذهب أبي حنيفة ، لأنه لا يجمع فى عضو واحد بين قصاص ودية كالنفس ، وإن كان قطع اليد سابقا على قطع الأصبع قطعت يمينه قصاصا ولصاحب الأصبع أرشها ، ويفارق هذا ماإذا قتل رجلا، ثم قطع يد آخر حيث قدمنا استيفاء القطع مع تأخره ، لأن قطع اليد لا يمنع التكافؤ فى النفس ، بدليل أنا نأخذ كامل الأطراف بناقصها وأن ديتها واحدة ، ونقص الأصبع يمنع التكافؤ فى اليد ، بدليل أنا لا نأخذ الكاملة بالناقصة واختلاف ديتها وإن عفا صاحب اليد قطعت الأصبع لصاحبها إن اختار قطعها .

« مسـألة » قال ( وإذا جرحه جرحا يمكن الاقتصاص منه بلا حيف اقتص منه ) .

وجملة ذلك أن القصاص يجرى فيما دون النفس من الجروح إذا أمكن للنص والاجماع ، أما النص فقول الله تعالى ( والجروح قصاص ) وروى أنس بن مالك « أن الرُّبيع بنت النضر بن أنس كسرت ثنية جارية فعرضوا عليهم الأرش فأبوا إلا القصاص، فجاء أخوها أنس بن النضر فقال : يارسول الله تكسر ثنية الربيع ؟ والذى بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ياأنس كتاب الله القصاص . قال : فعفا القوم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره » متفق عليه .

وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس اذا أمكن ، ولأن ما دون النفس كالنفس فى الحاجة الى حفظه بالقصاص ، فكان كالنفس فى وجوبه .

( فصل ) ويشترط لوجوب القصاص فى الجروح ثلاثة أشياء :

أحدها : أن يكون عمداً محضا ، فأما الخطأ فلا قصاص فيه اجماعا ، ولأن الخطأ لا يوجب القصاص فى النفس وهى الأصل ففيما دونها أولى ولا يجب بعمد الخطأ وهو أن يقصد ضربه بما لا يفضى الى ذلك غالبا ، مثل أن يضربه بحصاة لا يوضح مثلها فتوضحه فلا يجب به القصاص لأنه شبه العمد ، ولا يجب القصاص الا بالعمد المحض ، وقال أبو بكر يجب بهالقصاص ولا يراعى فيه ذلك لعموم الآية

الثانى : التكافؤ بين الجارح والمجروح وهو أن يكون الجانى يقاد من المجنى عليه لو قتله كالحر المسلم مع الحر المسلم ، فأما من لا يقتل بقتله فلا يقتص منه فيما دون النفس له كالمسلم مع الكافر والحر مع العبد والأب مع ابنه لأنه لا تؤخذ نفسه بنفسه فلا يؤخذ طرفه بطرفه ولا يجرح بجرحه كالمسلم مع المستأمن .

الثالث : إمكان الاستيفاء من غير حيف ولا زيادة لأن الله تعالى قال ( وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ) وقال ( فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ) ولأن دم الجانى معصوم إلا فى قدر جنايته فما زاد عليها يبقى على العصمة فيحرم استيفاؤه بعد الجناية كتحريمه قبلها ومن ضرورة المنع من الزيادة المنع من القصاص لأنها من لوازمه فلا يمكن المنع منها إلا بالمنع منه ، وهذا لا خلاف فيه نعلمه .

وممن منع القصاص فيما دون الموضحة الحسن والشافعى وأبو عبيد وأصحاب الرأى ومنعه فى العظام عمر بن عبد العزيز وعطاء والنخعى والزهرى والحكم وابن شبرمة والثورى والشافعى وأصحاب الرأى

إذا ثبت هذا فإن الجرح الذى يمكن استيفاؤه من غير زيادة هو كل جرح ينتهى إلى عظم كالموضحة فى الرأس والوجه ولا نعلم فى جواز القصاص فى الموضحة خلافا وهى كل جرح ينتهى الى العظم فى الرأس والوجه ، وذلك لأن الله تعالى نص عن القصاص فى الجروح فلو لم يجب ههنا اسقط حكم الآية ، وفى معنى الموضحة كل جرح ينتهى الى عظم فيما سوى الرأس والوجه كالساعد والعضد والساق والفخذ فى قول أكثر أهل العلم وهو منصوص الشافعى .

وقال بعض أصحابه : لا قصاص فيها لأنه لا يقدر فيها وليس بصحيح لقول الله تعالى ( والجروح قصاص ) ولانه أمكن استيفاؤها بغير حيف ولا زيادة لانتهائها الى عظم فهى كالموضحة والتقدير فى الموضحة ليس هو المقتضى للقصاص ولا عدمه مانعا ، وانما كان التقدير فى الموضحة لكثرة شينها وشرف محلها ولهذا قدر ما فوقها من شجاج الرأس والوجه ولا قصاص فيه ، وكذلك الجائفة أرشها مقدر لا قصاص فيه .

( فصل ) ولا يستوفى القصاص فيما دون النفس بالسيف ولا بآلة يخشى منها

الزيادة سواء كان الجرح بها أو بغيرها لأن القتل انما استوفى بالسيف لأنه آلته وليس ثمـــة شيء يخشى التعدى اليه فيجب أن يستوفى ما دون النفس بآلته ويتوقى ما يخشى منه الزيادة الى محل لا يجوز استيفاؤه ولاننا منعنا القصاص بالكلية فيما تخشى الزيادة فى استيفائه فلأن نمنع الآلة التى يخشى منها ذلك أولى ، فإن كان الجرح موضحة أو ما أشبهها فبالموسى أو حديدة ماضية معدة لذلك ولا يستوفى فى ذلك إلا من له علم بذلك كالجرائحى ومن أشبهه فإن لم يكن للولى علم بذلك أمر بالاستنابة ، وان كان له علم ، فقال القاضى ظاهر كلام أحمد أنه يمكن منه لأنه أحد نوعى القصاص فيمكن من استيفائه إذا كان يحسن كالقتل ، ويحتمل أن لا يمكن من استيفائه بنفسه ولا يليه إلا نائب الامام أو من يستنيبه ولى الجناية وهذا مذهب الشافعى لانه لا يؤمن مع العداوة وقصد التشفى الحيف فى الاستيفاء بما لا يمكن تلافيه وربما أفضى الى النزاع والاختلاف بأن يدعى الجانى الزيادة وينكرها المستوفى .

## فصـــل

وإذا أراد الاستيفاء من موضحة وشبهها فإن كان على موضعها شعر حلقه ويعمد الى موضع الشجة من رأس المشجوج فيعلم منه طولها بخشبة أو خيط ويضعها على رأس الشاج ويعلم طرفيه بخط بسواد أو غيره ويأخذ حديدة عرضها كعرض الشجة فيضعها فى أول الشجة ويجرها الى آخرها ، ويأخذ مثل الشجة طولا وعرضا ولا يراعى العمق ، لان حده العظم ، ولو روعى العمق لتعذر الاستيفاء لان الناس يختلفون فى قلة اللحم وكثرته ، وهذا كما يستوفى فى الطرف مثله ؛ وان اختلفا فى الصغر والكبر والدقة والغلظ ، ويراعى الطول والعرض لانه ممكن ، فإن كان رأس الشاج والمشجوج سواء استوفى قدر الشجة ، وان كان رأس الشاج أصغر لكنه يتسع للشجة استوفيت أن استوعب رأس الشاج كله وهى بعض رأس المشجوج ، لأنه استوفاها بالمساحة ولا يمنع الاستيفاء زيادتها على مثل موضعها من رأس الجانى لأن الجميع رأسه ، وان كان قدر الشجة يزيد على رأس الجانى فإنه يستوفى الشجة من جميع رأس الشاج ، ولا يجوز أن ينزل إلى جبهته لانه يقتص

فى عضو آخر غير العضو الذى جنى عليه ؛ وكذلك لا ينزل الى قفاه لما ذكرناه ، ولا يستوفى بقية الشجة فى موضع آخر من رأسه لانه يكون مستوفيا لموضحتين وواضعا للحديدة فى غير الموضع الذى وضعها فيه الجانى .

واختلف أصحابنا فماذا يصنع ؟ فذكر القاضى أن ظاهر كلام أبى بكر أنه لا أرش له فيما بقى كيلا يجتمع قصاص ودية فى جرح واحد ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، فعلى هذا يتخير بين الاستيفاء فى جميع رأس الشاج ولا أرش له وبين العفو الى دية موضحة .

وقال أبو عبد الله بن حامد وبعض أصحابنا : له أرش ما بقى ، وهو مذهب الشافعى لأنه تعذر القصاص فيما جنى عليه فكان له أرشه كما لو تعذر فى الجميع فعلى هذا تقدر شجة الجانى من الشجة فى رأس المجنى عليه ويستوفى أرش الباقى ، فإن كانت بقدر ثلثها فله ثلث أرش موضحة ، وان زادت أو نقصت عن هذا فبالحساب من أرش الموضحة ولا يجب له أرش موضحة كاملة لئلا يفضى الى ايجاب القصاص ودية موضحة فى موضحة واحدة فإن أوضحه فى جميع رأسه ورأس الجانى أكبر فللمجنى عليه أن يوضح منه بقدر مساحة موضحته من أى الطرفين شاء لانه جنى عليه فى ذلك الموضع كله واذا استوفى قدر موضحته ثم تجاوزها واعترف أنه عمد ذلك فعليه القصاص فى ذلك القدر فإذا اندملت موضحته استوفى منه القصاص فى موضع الاندمال لأنه موضع الجناية ، وان ادعى الخطأ فالقول قوله لأنه محتمل وهو أعلم بقصده وعليه أرش موضحة :

فإن قيل : فهذه الموضحة كلها لو كانت عدوانا لم يجب فيها الا دية موضحة فكيف يجب فى بعضها دية موضحة ؟ قلنا : لان المستوفى لم يكن جناية انما الجناية الزائد والزائد لو انفرد لكان موضحة فكذلك اذا كان معه ما ليس بجناية بخلاف ما اذا كانت كلها عدوانا فإن الجميع جناية واحدة .

( فصل ) واذا أوضحه فى جميع رأسه ورأس الجانى أكبر فأحب أن يستوفى القصاص بعضه من مقدم الرأس وبعضه من مؤخره ، احتمل أن يمنع منه لأنه يأخذ موضحتين بواحدة وديتهما مختلفه واحتمل الجواز لأنه لا يجاوز موضع الجناية ولا قدرها الا أن يقول أهل الخبرة ان فى ذلك زيادة ضرر أو شين

فلا يفعل ولأصحاب الشافعي كهذين ، فإن كان رأس المجني عليه أكبر فأوضحه الجاني في مقدمه ومؤخره موضحتين قدرهما جميع رأس الجاني فله الخيار بين أن يوضحه موضحة واحدة في جميع رأسه أو يوضحه موضحتين يقتصر في كل واحدة منهما على قدر موضحته ولا أرش لذلك وجهاً واحداً لأنه ترك الاستيفاء مع امكانه ، وان عفا الى الارش فله أرش موضحتين وان شاء اقتص من أحدهما وأخذ دية الآخرى

( فصل ) وإذا كانت الجناية في غير الرأس والوجه فكانت في ساعد فزادت على ساعد الجاني لم ينزل الى الكف ولم يصعد الى العضد ، وان كانت في الساق لم ينزل الى القدم ولم يصعد الى الفخذ لأنه عضو آخر فلا يقتص منه كما لم ينزل من الرأس الى الوجه ولم يصعد من الوجه الى الرأس .

( فصل ) وإذا شج في مقدم رأسه أو مؤخره عرضاً شجة لا يتسع لها مثل ذلك الموضع من رأس الشاج فأراد أن يستوفي من وسط الرأس فيما بين الأذنين لكونه يتسع لمثل تلك الموضحة ففيه وجهان . أحدهما : لا يجوز . لأنه غير الموضع الذي شجه فيه فلم يجز له الاستيفاء منه كما لو أمكنه استيفاء حقه من محل شجته ، واحتمل أن يجوز لان الرأس عضو واحد فاذا لم يمكنه استيفاء حقه من محل شجته جاز من غيره كما لو شجه في مقدم رأسه شجة قدرها جميع رأس الشاج جاز اتمام استيفائها في مؤخر رأس الجاني وهذا منصوص الشافعي ، وهكذا يخرج فيما إذا كان الجرح في موضع من الساق والقدم والذراع والعضد ، وان أمكن الاستيفاء من محل الجناية لم يجز العدول عنه وجها واحداً .

« مسألة » قال ( وكذلك إذا قطع منه طرفا من مفصل قطع منه مثل ذلك المفصل إذا كان الجاني يقاد من المجني عليه لو قتله )

أجمع أهل العلم على جريان القصاص في الاطراف وقد ثبت ذلك بقوله تعالى ( العين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص ) وبخبر الربيع بنت النضر بن أنس ويشترط لجريان القصاص فيها شروط خمسة .

أحدها : أن يكون عمدا على ما أسلفناه .

والثاني : أن يكون المجني عليه مكافئا للجاني بحيث يقاد به لو قتله .

والثالث : أن يكون الطرف متساويا للطرف ولا يؤخذ صحيح بأشل ولا كاملة الأصابع بناقصة ولا أصلية بزائدة . ولا يشترط التساوى فى الدقة والغلظ والصغر والكبر والصحة والمرض لأن اعتبار ذلك يفضى إلى سقوط القصاص بالكلية .

والرابع : الاشتراك فى الاسم الخاص فلا تؤخذ يمين بيسار ولا يسار بيمين ولا أصبع بمخالفة لها ولا جفن أو شفة إلا بمثلها

والخامس : إمكان الاستيفاء من غير حيف وهو أن يكون القطع من مفصل فإن كان من غير مفصل فلا قصاص فيه من موضع القطع بغير خلاف نعلمه

وقد روى نمر بن جابر عن أبيه أن رجلا ضرب رجلا على ساعده بالسيف فقطعها من غير مفصل فاستعدى عليه النبي صلى الله عليه وسلم فأمر له بالدية ، فقال إنى أريد القصاص قال ، خذ الدية بارك الله لك فيها ، ولم يقض له بالقصاص رواه ابن ماجة .

( فصل ) وفى قطع اليد ثمان مسائل

أحدها . قطع الأصابع من مفاصلها فالقصاص واجب لأن لها مفاصل ويمكن القصاص من غير حيف ، وإن اختار الدية فله نصفها لأن فى كل أصبع عشر الدية .

الثانية . قطعها من نصف الكف فليس له القصاص من موضع القطع لأنه ليس بمفصل فلا يؤمن الحيف فيه . وإن أراد قطع الاصابع ففيه وجهان . أحدهما ليس له ذلك وهذا اختيار أبى بكر لأنه يقتص من غير موضع الجناية فلم يجز كما لو كان القطع من الكوع ، يحققه أن امتناع قطع الاصابع إذا قطع من الكوع إنما كان لعدم المقتضى أو وجود مانع وأيهما كان فهو متحقق إذا كان القطع من نصف الكف . والثانى . له قطع الاصابع ذكره أصحابنا ؛ وهو مذهب الشافعى لأنه يأخذ دون حقه لعجزه عن استيفاء حقه فأشبه ما لو شجه هاشمة فاستوفى موضحة ؛ ويفارق ما اذا قطع من الكوع لأنه أمكنه استيفاء حقه فلم يجز له العدول الى غيره ، وهل له حكومة فى نصف الكف ؟ فيه وجهان .

أحدهما : ليس له ذلك لأنه يجمع بين القصاص والأرش فى عضو واحد فلم يجز كما لو قطع من الكوع .

والثانى . له أرش نصف الكف لانه حق له تعذر استيفاؤه فوجب أرشه كسائر ماهذا حاله . وان اختار الدية فله نصفها لان قطع اليد من الكوع لا يوجب أكثر من نصف الدية فما دونه أولى .

الثالثة : قطع من الكوع فله قطع يده من الكوع لانه مفصل وليس له قطع الاصابع لانه غير محل الجناية فلا يستوفى منه مع امكان الاستيفاء من محلها .

الرابعة . قطع من نصف الذراع فليس له أن يقطع من ذلك الموضع لأنه ليس بمفصل ؛ وقد ذكرنا الخبر الوارد فيه فله نصف الدية وحكومة فى المقطوع من الذراع ، وهل له أن يقطع من الكوع ؟ فيه وجهان كما ذكرنا فيمن قطع من نصف الكف ، ومن جوز له القطع من الكوع فعنده فى وجوب الحكومة لما قطع من الذراع وجهان ، ويخرج أيضا فى جواز قطع الاصابع وجهان : فان قطع منها لم يكن له حكومة فى الكف لانه أمكنه أخذه قصاصا فلم يكن له طلب أرشه ، كما لو كانت الجناية من الكوع .

الخامسة : قطع من المرفق فله القصاص منه لانه مفصل وليس له القطع من الكوع لأنه أمكنه استيفاء حقه بكماله والاقتصاص من محل الجناية عليه فلم يجز له العدول الى غيره ، وان عفا الى الدية فله دية اليد وحكومة للساعد .

السادسة : قطعها من العضد فلا قصاص فيها فى أحد الوجهين وله دية اليد وحكومة للساعد وبعض العضد ، والثانى له القصاص من المرفق ، وهل له حكومة فى الزائد ؟ على وجهين ، وهل له القطع من الكوع ؟ يحتمل وجهين

السابعة : قطع من المنكب فالواجب القصاص لانه مفصل ، وان اختار الدية فله دية اليد وحكومة لما زاد .

الثامنة : خلع عظم المنكب ويقال له مشط الكف فيرجع فيه الى اثنين من ثقات أهل الخبرة ، فان قالوا يمكن الاستيفاء من غير أن تصير جائفة استوفى والا صار الامر الى الدية ، وفى جواز الاستيفاء من المرفق أو ما دونه مثل ما ذكرنا فى نظائره ومثل هذه المسائل فى الرجل ، والساق كالذراع ؛ والفخذ كالعضد والورك كعظم الكتف ، والقدم كالكف

« مسألة » قال ( وليس فى المأمومة ولا فى الجائفة قصاص )

المأمومة شجاج الرأس ، وهى التى تصل الى جلدة الدماغ وتسمى تلك الجلدة أم الدماغ لأنها تجمعه ، فالشجة الواصلة اليها تسمى مأمومة وآمة لوصولها إلى أم الدماغ ، والجائفة فى البدن ، وهى التى تصل الى الجوف ، وليس فيهما قصاص عند أحد من أهل العلم نعلمه إلا ماروى عن ابن الزبير أنه قص من المأمومة ، فأنكر الناس عليه وقالوا ما سمعنا أحداً قص منها قبل ابن الزبير .

وممن لم ير فى ذلك قصاصاً مالك والشافعى وأصحاب الرأى .

وروى عن على رضى الله عنه لاقصاص فى المأمومة ، وقاله مكحول والزهرى والشعبى ، وقال عطاء والنخعى لا قصاص فى الجائفة .

وروى ابن ماجه فى سننه عن العباس بن عبد المطلب عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا قود فى المأمومه ولا فى الجائفة ولا فى المنقلة » ولأنهما جرحان لا تؤمن الزيادة فيهما فلم يجب فيهما قصاص ككسر العظام

( فصل ) وليس فى شىء من شجاج الرأس قصاص سوى الموضحة ، وسواء فى ذلك ما دون الموضحة كالحارصة والبازلة والباضعة والمتلاحمة والسمحاق وما فوقها ، وهى الهاشمة والمنقلة والآمة وبهذا قال الشافعى ، فأما ما فوق الموضحة فلا نعلم أحداً أوجب فيها القصاص إلا ما روى عن ابن الزبير أنه أقاد من المنقلة وليس بثابت عنه . وممن قال به عطاء وقتادة وابن شبرمة ومالك والشافعى وأصحاب الرأى . قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً خالف ذلك ، ولأنهما جراحتان لا تؤمن الزيادة فيهما أشبها المأمومة والجائفة ، وأما ما دون الموضحه فقد روى عن مالك وأصحاب الرأى أن القصاص يجب فى الدامية والباضعة والسمحاق .

ولنا أنها جراحة لا تنتهى الى عظم فلم يجب فيها قصاص كالمأمومه ، ولأنه لا يؤمن فيها الزيادة فأشبه كسر العظام ، وبيان ذلك أنه ان اقتص من غير تقدير أفضى الى أن يأخذ أكثر من حقه ، وان اعتبر مقدار العمق أفضى الى أن يقتص من الباضعة والسمحاق موضحة ومن الباضعة سمحاقا ، لأنه قد يكون لحم المشجوج

كثيرا بحيث يكون عمق باضعته كموضحة الشاج أو سمحاقة ، ولأننا لم نعتبر فى الموضحة قدر عمقها فكذلك في غيرها ، وبهذا قال الحسن وأبو عبيد

( فصل ) وإن كانت الشجة فوق الموضحه فأحب أن يقتص موضحة جاز ذلك بغير خلاف بين أصحابنا ، وهو مذهب الشافعى لأنه يقتصر على بعض حقه ويقتص من محل جنايته ، فإنه انما يضع السكين فى موضع وضعها الجانى لان سكين الجانى وصلت الى العظم ثم تجاوزته بخلاف قاطع الساعد فإنه لم يضع سكينه فى الكوع ، وهل له أرش ما زاد على الموضحة ؟ فيه وجهان :

أحدهما ليس له ذلك ، وهو اختيار أبي بكر لأنه جرح واحد فلا يجمع فيه بين قصاص ودية ، كما لو قطع الشلاء بالصحيحة ، وكما فى الانفس إذا قتل المسلم بالكافر والعبد بالحر .

والثانى له أرش ما زاد على الموضحة ، اختاره ابن حامد وهو مذهب الشافعى لانه تعذر القصاص فيه فانتقل الى البدل ، كما لو قطع أصبعيه ولم يمكن الاستيفاء الا من واحدة ، وفارق الشلاء بالصحيحة لأن الزيادة ثم من حيث المعنى وليست متميزة بخلاف مسألتنا .

« مسألة » قال ( وتقطع الاذن بالاذن )

أجمع أهل العلم على أن الاذن تؤخذ بالاذن ، وذلك لقول الله تعالى ( والاذن بالاذن ) ولأنها تنتهى الى حد فاصل فأشبهت اليد ، وتؤخذ الكبيرة بالصغيرة ، وتؤخذ أذن السميع بأذن السميع . وتؤخذ أذن الاصم بكل واحدة منهما لتساويهما فإن ذهاب السمع نقص فى الرأس لانه محله وليس بنقص فيها وتؤخذ الصحيحة بالمثقوبة لان الثقب ليس بعيب ، وانما يفعل فى العادة للقرط والتزين به ، فإن كان الثقب فى غير محله أو كانت مخرومة أخذت بالصحيحه ولم تؤخذ الصحيحة بها لان الثقب اذا انخرم صار نقصا فيها والثقب فى غير محله عيب ، ويخير المجنى عليه بين أخذ الدية الا قدر النقص وبين أن يقتص فيما سوى المعيب ويتركه من أذن الجانى ؛ وفى وجوب الحكومه له فى قدر الثقب وجهان ، وان قطعت بعض أذنه فله أن يقتص من أذن الجانى ، وتقدير ذلك بالاجزاء فيؤخذ النصف بالنصف

والثلث بالثلث وعلى حســـاب ذلك ، وقال بعض أصحاب الشافعى : لا يجرى القصاص فى البعض لأنه لا ينتهى إلى حد .

ولنا أنه يمكن تقدير المقطوع ؛ وليس فيها كسر عظم فجرى القصاص فى بعضها كالذكر ، وبهذا ينتقض ما ذكره .

( فصل ) وتؤخذ الأذن المستحشفه بالصحيحة ، وهل تؤخذ الصحيحة بها ؟ فيه وجهان . أحدهما لا تؤخذ بها لأنها ناقصة معيبه فلم تؤخذ بها الصحيحة ، كاليد الشلاء وسائر الأعضاء . والثانى تؤخذ بها لان المقصود منها جمع الصوت ، وحفظ محل السمع والجمال ، وهذا يحصل بها كحصوله بالصحيحة بخلاف سائر الأعضاء .

( فصـــل ) وإن قطع أذنه فأبانها فالصقها صاحبها فالتصقت وثبتت ، فقال القاضى يجب القصاص ، وهو قول الثورى والشافعى وإسحاق لأنه وجب بالابانة وقد وجدت الابانة . وقال أبو بكر لا قصاص فيها ، وهو قول مالك لأنها لم تبن على الدوام فلم يستحق إبانة أذن الجانى دواما ، وان سقطت بعد ذلك قريبا أو بعيداً فله القصاص ويرد ما أخذ ، وعلى قول أبى بكر إذا لم تسقط له دية الأذن ، وهو قول أصحاب الرأى ، وكذلك قول الأولين اذا اختار الديه ، وقال مالك : لا عقل لها إذا عادت مكانها ، فأما ان قطع بعض أذنه فالتصق فله أرش الجرح ولا قصاص فيه ، وان قطع أذن إنسان فاستوفى منه فألصق الجانى أذنه فالتصقت وطلب المجنى عليه إبانتها لم يكن له ذلك لان الابانه قد حصلت والقصاص قد استوفى فلم يبق له قبله حق ، فأما ان كان المجنى عليه لم يقطع جميع الأذن إنما قطع بعضها فالتصق كان للمجنى عليه قطع جميعها لانه استحق إبانة جميعها ولم يكن أبانه والحكم فى السن كالحكم فى الاذن .

( فصل ) ومن ألصق أذنه بعد ابانتها أو سنه فهل تلزمه ابانتها ؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين فيما بان من الآدمى هل هو نجس أو طاهر ؟ ان قلنا هو نجس لزمته ازالتها ما لم يخف الضرر بإزالتها كما لو جبر عظمه بعظم نجس ، وان قلنا بطهارتها لم تلزمه ازالتها ، وهذا اختيار أبى بكر وقول عطاء بن أبى رباح وعطاء الخراسانى وهو الصحيح لانه جزء آدمى طاهر فى حياته وموته فكان طاهراً كحالة

اتصاله ، فأما إن قطع بعض أذنه فالتصق لم تلزمه إبانتها لأنها طاهرة على الروايتين جميعا لانها لم تصر ميتة لعدم إبانتها ولا قصاص فيها . قاله القاضي وهو مذهب الشافعي لانه لا يمكن المماثلة في المقطوع منها

« مسألة » قال ( والانف بالانف )

وأجمعوا على جريان القصاص في الانف أيضاً للآية والمعنى ، ويؤخذ الكبير بالصغير والاقنى بالافطس وأنف الاشم بأنف الاخشم الذي لايشم لان ذلك لعلة في الدماغ والانف صحيح ، كما تؤخذ أذن السميع بأذن الاصم ، وإن كان بأنفه جذام أخذ به الانف الصحيح مالم يسقط منه شيء لان ذلك مرض ، فإن سقط منه شيء لم يقطع به الصحيح إلا أن يكون من أحد جانبيه فيأخذ من الصحيح ، مثل ما بقي منه أو يأخذ أرش ذلك ، والذي يجب فيه القصاص أو الدية هو المارن ، وهو مالان منه دون قصبة الانف لان ذلك حد ينتهي اليه فهو كاليد يجب القصاص فيما انتهى إلى الكوع ، وإن قطع الانف كله مع القصبة فعليه القصاص في المارن وحكومة للقصبة ، هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي

وفيه وجه آخر أنه لايجب مع القصاص حكومة كي لا يجتمع في عضو واحد قصاص ودية ، وقياس قول أبي بكر أنه لايجب القصاص ههنا لانه يضع الحديدة في غير الموضع الذي وضعها الجاني فيه فلم يملك ذلك ، كقوله فيمن قطع اليد من نصف الذراع أو الكف

وذكر القاضي ههنا كقول أبي بكر وفي نظائره مثل قول ابن حامد ، ولا يصح التفريق مع التساوي ، وإن قطع بعض الانف قدر بالاجزاء وأخذ منه بقدر ذلك كقولنا في الاذن ولا يؤخذ بالمساحة لئلا يفضي الى قطع جميع انف الجاني لصغره ببعض انف المجني عليه لكبره ؛ ويؤخذ المنخر الايمن بالايمن والايسر بالايسر ولا يؤخذ أيمن بأيسر ولا أيسر بأيمن ؛ ويؤخذ الحاجز بالحاجز لانه يمكن القصاص فيه لانتهائه الى حد

« مسألة » قال ( والذكر بالذكر )

لانعلم بين أهل العلم خلافا في أن القصاص يجري في الذكر لقوله تعالى

( والجروح قصاص ) ولان له حداً ينتهى اليه ويمكن القصاص فيه من غير حيف فوجب فيه القصاص كالانف ، ويستوى فى ذلك ذكر الصغير والكبير ، والشيخ والشاب ، والذكر الكبير والصغير ، والصحيح والمريض ، لأن ما وجب فيه القصاص من الأطراف لم يختلف بهذه المعانى كذلك الذكر ، ويؤخذ كل واحد من المختون والأغلف بصاحبه لأن الغلفة زيادة تستحق إزالتها فهى كالمعدومة .

وأما ذكر الخصى والعنين فذكر الشريف أن غيرهما لا يؤخذ بهما وهو قول مالك لانه لامنفعة فيهما لأن العنين لا يطأ ولا ينزل والخصى لا يولد له ولا ينزل ولا يكاد يقدر على الوطء ، فهما كالأشل ، ولأن كل واحد منهما ناقص فلا يؤخذ به الكامل كاليد الناقصة بالكاملة

وقال أبو الخطاب : يؤخذ غيرهما بهما فى أحد الوجهين وهو مذهب الشافعى لانهما عضوان صحيحان ينقبضان وينبسطان فيؤخذ بهما غيرهما كذكر الفحل غير العنين ، وإنما عدم الإنزال لذهاب الخصية والعنة لعلة فى الظهر فلم يمنع ذلك من القصاص بهما كأذن الاصم وأنف الاخشم

وقال القاضى : لا يؤخذ ذكر الفحل بالخصى لتحقق نقصه والاياس من برئه وفى أخذه بذكر العنين وجهان

أحدهما : يؤخذ به غيره لانه غير مأيوس من زوال عنته ، ولذلك يؤجل سنة بخلاف الخصى ، والصحيح الاول فإنه اذا ترددت الحال بين كونه مساوياً للآخر وعدمه لم يجب القصاص ، لان الاصل عدمه فلا يجب بالشك ، سيما وقد حكمنا بانتفاء التساوى لقيام الدليل على عنته وثبوت عيبه ، ويؤخذ كل واحد من الخصى والعنين بمثله لتساويهما كما يؤخذ العبد بالعبد والذمى بالذمى

( فصل ) ويؤخذ بعضه ببعضه ، ويعتبر ذلك بالاجزاء دون المساحة فيؤخذ النصف بالنصف والربع بالربع ، وما زاد أو نقص فبحسب ذلك على ما ذكرناه فى الانف والاذن

« مسألة » قال ( والانثيان بالانثيين )

ويجرى القصاص فى الانثيين لما ذكرنا من النص والمعنى ، لا نعلم فيه خلافاً

فإن قطع احداهما وقال أهل الخبرة انه ممكن أخذها مع سلامة الاخرى جاز . فإن قالوا لا يؤمن تلف الاخرى لم تؤخذ خشية الحيف ويكون فيها نصف الديه وان أمن تلف الاخرى أخذت اليمنى باليمنى واليسرى باليسرى لما ذكرناه في غيرها

( فصل ) وفي القصاص في شفرى المرأة وجهان . أحدهما لا قصاص فيهما لأنه لحم لا مفصل له ينتهي اليه فلم يجب فيه قصاص كلحم الفخذين ، هذا قول القاضي والثاني فيهما القصاص لان انتهاءهما معروف فأشبها الشفتين وجفني العين ، وهذا قول أبي الخطاب ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين .

( فصل ) وان قطع ذكر خنثى مشكل أو أنثييه أو شفريه فاختار القصاص لم يكن له قصاص في الحال ويقف الامر حتى يتبين حاله ، لاننا لا نعلم أن المقطوع عضو أصلي ، وان اختار الديه وكان يرجى انكشاف حاله أعطيناه اليقين فيكون له حكومة في المقطوع ، وان كان قد قطع جميعها فله دية امرأة في الشفرين وحكومه في الذكر والانثيين ، وان يئس من انكشاف حاله أعطى نصف دية الذكر والانثيين ونصف دية الشفرين وحكومه في نصف ذلك كله .

( فصل ) يجب القصاص في الاليتين الناتئتين بين الفخذين والظهر بجانبي الدبر هذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال المزني : لا قصاص فيهما لأنهما لحم متصل بلحم فأشبه لحم الفخذ .

ولنا قوله تعالى ( والجروح قصاص ) ولأن لهما حداً ينتهيان اليه فجرى القصاص فيهما كالذكر والانثيين .

« مسألة » قال ( وتقلع العين بالعين )

أجمع أهل العلم على القصاص في العين ، وممن بلغنا قوله في ذلك مسروق والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وروى عن علي رضي الله عنه ، والاصل فيه قول الله تعالى ( والعين بالعين ) ولانها تنتهي الى مفصل فجرى القصاص فيها كاليد وتؤخذ عين الشاب بعين الكبير المريضة ، وعين الصغير بعين الكبير والاعمش ، ولا تؤخذ صحيحة بقائمة لانه يأخذ أكثر من حقه .

## فصل

فإن قلع عينه بأصبعه لم يجز أن يقتص بأصبعه لأنه لا يمكن المماثلة فيه ، وان لطمه فذهب ضوء عينه لم يجز أن يقتص منه باللطمة لأن المماثلة فيها غير ممكنة ولهذا لو انفردت من إذهاب الضوء لم يجب فيها قصاص ويجب القصاص في البصر فيعالج بما يذهب ببصره من غير أن يقلع عينه ، كما روى يحيى بن جعدة أن اعرابياً قدم بحلوبة له الى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان بن عفان رضي الله عنه فنازعه فلطمه ففقأ عينه ، فقال له عثمان هل لك أن أضعف لك الدية وتعفو عنه ؟ فأبى فرفعهما الى علي رضي الله عنه فدعا علي بمرآة فأحماها ثم وضع القطن على عينه الاخرى ثم أخذ المرآة بكلبتين فأدناها من عينه حتى سال إنسان عينه ، وان وضع فيها كافوراً يذهب بضوئها من غير أن يجني على الحدقة جاز ، وان لم يمكن الا بالجناية على العضو سقط القصاص لتعذر المماثلة .

وذكر القاضي أنه يقتص منه باللطمة فيلطمه المجني عليه مثل لطمته فإن ذهب ضوء عينه وإلا كان له أن يذهبه بما ذكرنا ، وهذا مذهب الشافعي ، وهذا لا يصح فإن اللطمة لا يقتص منها منفردة فلا يقتص منها إذا سرت الى العين كالشجة ان كانت دون الموضحة ، ولأن اللطمة اذا لم تكن في العين لا يقتص منها بمثلها مع الامن من افساد العضو في العين مع خوف ذلك أولى ، ولأنه قصاص فيما دون النفس فلم يجز بغير الآلة المعدة كالموضحة .

وقال القاضي : لا يجب القصاص الا أن تكون اللطمة تذهب بذلك غالباً فإن كانت لا تذهب به غالبا فذهب فهو شبه عمد لا قصاص فيه وهو قول الشافعي لأنه فعل لا يفضي الى الفوات غالباً فلم يجب به القصاص كشبه العمد في النفس

وقال أبو بكر : يجب القصاص بكل حال لعموم قوله ( والعين بالعين ) ولأن اللطمة اذا أسالت انسان العين كانت بمنزلة الجرح ولا يعتبر في الجرح الإفضاء الى التلف غالبا .

( فصل ) فلو لطم عينه فذهب بصرها وابيضت وشخصت فان أمكن معالجة عين الجاني حتى يذهب بصرها وتبيض وتشخص من غير جناية على الحدقة فعل

ذلك وان لم يمكن الا ذهاب بعض ذلك مثل أن يذهب البصر دون أن تبيض وتشخص فعليه حكومة للذى لم يمكن القصاص فيه كما لو جرح هاشمة فانه يقتص موضحة ويأخذ أرش باقى جرحه ، وعلى قول أبى بكر : لا يستحق مع القصاص أرش ، وقال القاضى : اذا اقتص منه يعنى لطمه مثل لطمته فذهب ضوء عينه ، ولم تبيض ولم تشخص فان أمكن معالجتها حتى تبيض وتشخص من غير ذهاب الحدقة فعله ، وان تعذر ذلك فلا شىء عليه كما لو اندملت موضحة المجنى عليه وحشه قبيحة وموضحة الجانى حسنة جميلة لم يجب شىء كذلك ههنا وهذا بناه على أن اللطمة حصل بها القصاص كما حصل بجرح الموضحة وقد بينا فساد هذا .

( فصـــل )

وان شجه شجة دون الموضحة فأذهب ضوء عينه لم يقتص منه مثل شجته بغير خلاف نعلمه لانها لا قصاص فيها اذا لم يذهب ضوء العين فكذلك اذا ذهب ويعالج ضوء العين بمثل ما ذكرنا فى اللطمة .

وان كانت الشجة فوق الموضحة فله أن يقتص موضحة وهل له أرش الزيادة عليها ؟ فيه وجهان ، وان ذهب ضوء العين والا استعمل فيه ما يزيله من غير أن يجنى على الحدقة ، وان شجه موضحة فله أن يقتص منها وحكم القصاص فى البصر على ما ذكرنا من قبل .

واختلف أصحاب الشافعى فى القصاص فى البصر فى هذه المواضع كلها فقال بعضهم : لا قصاص فيه لأنه لا يجب بالسراية كما لو قطع أصبعه فسرى القطع الى التى تليها فأذهبها عندهم ، وقال بعضهم : يجب القصاص ههنا قولا واحداً لان ضوء العين لا تمكن مباشرته بالجناية فيقتص منه بالسراية كالنفس فيقتص من البصر كما ذكرنا فيما قبل هذا .

( فصل ) اذا قلع الأعور عين صحيح فلا قود وعليه دية كاملة روى ذلك عن عمر وعثمان رضى الله عنهما ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء ، وقال الحسن والنخعى : ان شاء اقتص وأعطاه نصف دية ، وقال مالك : ان شاء اقتص وان شاء أخذ دية كاملة .

وقال مسروق والشعبى وابن سيرين وابن مغفل والثورى والشافعى وأصحاب الرأى

وابن المنذر . له القصاص ولا شيء عليه وان عفا فله نصف الدية لقول الله تعالى ( والعين بالعين ) وجعل النبي صلى الله عليه وسلم فى العينين الدية ولأنها إحدى شيئين فيهما الدية فوجب القصاص ممن له واحدة أو نصف الدية كما لو قطع الأقطع يد من له يدان .

ولنا قول عمر وعثمان رضى الله عنهما ولم نعرف لهما مخالفا فى عصرهما ولأنه لم يذهب بجميع بصره فلم يجز له الاقتصاص منه بجميع بصره كما لو كان ذا عينين وأما إذا قطع يد الاقطع فلنا فيه منع ومع التسليم فالفرق بينهما أن يد الأقطع لا تقوم مقام اليدين فى النفع الحاصل بهما بخلاف عين الأعور فإن النفع الحاصل بالعينين حاصل بها وكل حكم يتعلق بصحيح العينين يثبت فى الأعور مثله ولهذا صح عتقه فى الكفارة دون الأقطع .

فأما وجوب الدية كاملة عليه ، وهو قول مالك فلأنه لما دفع عنه القصاص مع امكانه لفضيلته ضوعفت الدية عليه كالمسلم إذا قتل ذميا عمداً، ولو قلع الاعور إحدى عيني الصحيح خطأ لم يلزمه الا نصف الدية بغير اختلاف لعدم المعنى المقتضى لتضعيف الدية .

( فصل ) ولو قلع الأعور عين مثله ففيه القصاص بغير خلاف لتساويهما من كل وجه إذا كانت العين مثل العين فى كونها يمينا أو يساراً ؛ وان عفا الى الدية فله جميعها ، وكذلك إن قلعها خطأ أو عفا بعض مستحق القصاص لأنه ذهب بجميع بصره فأشبه ما لو قلع عيني صحيح .

( فصل ) وان قلع الأعور عيني صحيح فقال القاضى : هو مخير إن شاء اقتص ولا شيء له سوى ذلك لأنه قد أخذ جميع بصره ، فان اختار الدية فله دية واحدة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « وفى العينين الدية » لانه لم يتعذر القصاص فلم تتضاعف الدية كما لو قطع الأشل يد صحيح أو كان رأس الشاج أصغر أو يد القاطع أنقص .

وقال القاضى . يقتضى الفقه أن يلزمه ديتان . إحداهما : للعين التى تقابل عينه والدية الثانية : لاجل العين الثانية لأنها عين أعور ؛ والصحيح ما قلنا وهو قول أكثر أهل العلم وأشد موافقة للنصوص وأصح فى المعنى .

( فصل ) وان قلع صحيح العينين عين أعور فله القصاص من مثلها ويأخذ نصف الدية ، نص عليه أحمد لانه ذهب بجميع بصره وأذهب الضوء الذى بدله دية كاملة ، وقد تعذر استيفاء جميع الضوء إذ لا يمكن أخذ عينين بعين واحدة ولا أخذ يمين بيسرى فوجب الرجوع ببدل نصف الضوء ، ويحتمل أنه ليس له الا القصاص من غير زيادة أو العفو على الدية كما لو قطع الاشل يداً صحيحة ولان الزيادة ههنا غير متميزة فلم يكن لها بدل كزيادة الصحيحة على الشلاء هذا مع عموم قوله تعالى ( والعين بالعين ) .

( فصل ) وان قطع الاقطع يد من له يدان فعليه القصاص ، وان قطعت رجل الاقطع أو يده فله القصاص أو نصف الدية لان يد الاقطع لا تقوم مقام يديه فى الانتفاع والبطش ولا يجزىء فى العتق عن الكفارة بخلاف عين الاعور فإنها تقوم مقام عينيه جميعاً . وقال القاضى : ان كانت المقطوعة أولا قطعت ظلماً أو قصاصا ففى الباقية نصف الدية رواية واحدة ، وان كانت الأولى قطعت فى سبيل الله ففى الثانية روايتان ، احداهما : نصف الدية ، والثانية دية كاملة لأنه عطل منافعه من العضوين جملة ، وأما ان قطع الاقطع يد من ليس بأقطع ، فإن قلنا ان فى يد الاقطع دية كاملة فلا قصاص .

وان قلنا لا تكمل فيها الدية فالقصاص واجب فيها واللائق بالفقه ما ذكرناه أولا والتعليل بتفويت منفعة العضوين ينتقض بما اذا قطعت الأولى قصاصا ، والقياس على عين الاعور غير صحيح لما بينهما من الفرق ، فاما ان قطعت أذن من قطعت احدى أذنيه فليس له الا نصف الدية رواية واحدة ، وان قطع هو أذن ذي أذنين وجب عليه القصاص بغير خلاف علمناه لا فى المذهب ولا فى غيره لان نفع كل أذن لا يتعلق بالاخرى .

( فصل ) ويؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى ( والجروح قصاص ) ولأنه يمكن القصاص فيه لانتهائه الى مفصل ، وهذا مذهب الشافعى ، ويؤخذ جفن البصير بجفن البصير والضرير وجفن الضرير بكل واحد منهما لأنهما تساويا فى السلامة من النقص وعدم البصر نقص فى غيره لأنه يمنع أخذ أحدهما بالآخر كالاذن اذا عدم السمع منها .

« مسألة » قال ( والسن بالسن )

أجمع أهل العلم على القصاص فى السن للآية وحديث الربيع ولأن القصاص فيها ممكن لأنها محدودة فى نفسها فوجب فيها القصاص كالعين ، وتؤخذ الصحيحة بالصحيحة وتؤخذ المكسورة بالصحيحة لأنه يأخذ بعض حقه وهل يأخذ مع القصاص أرش الباقى ؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما مضى .

(فصل ) ولا يقتص إلا من سن من أثغر أى سقطت رواضعه ثم نبتت ، يقال لمن سقت رواضعه ثغر فهو مثغور ، فإذا نبتت قيل أثغر واتغر لغتان ، وإن قلع سن من لم يثغر لم يقتص من الجانى فى الحال . وهذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى لأنها تعود بحكم العادة فلا يقتص منها كالشعر ، ثم إن عاد بدل السن فى محلها مثلها على صفتها فلا شىء على الجانى كالو قلع شعرة ثم نبتت، وإن عادت مائلة عن محلها أو متغيرة عن صفتها كان عليه حكومة لأنها لو لم تعد ضمن السن . فإذا عادت ناقصة ضمن ما نقص منها بالحساب ففى ثلثها ثلث ديتها ، وفى ربعها ربعها وعلى هذا ، وإن عادت والدم يسيل ففيها حكومة لانه نقص حصل بفعله ، وإن مضى زمن عودها ولم تعد سئل أهل العلم بالطب

فإن قالوا : قد يئس من عودها فالمجنى عليه بالخيار بين القصاص أو دية السن فإن مات المجنى عليه قبل الاياس من عودها فلا قصاص لان الاستحقاق له غير متحقق فيكون ذلك شبهة فى درئه وتجب الدية لان القلع موجود والعود مشكوك فيه ويحتمل أنه إذا مات قبل مجىء وقت عودها أن لا يجب شىء لان العادة عودها فأشبه مالو حلق شعره فمات قبل نباته ، فأما إن قلع سن من قد أثغر وجب القصاص له فى الحال لان الظاهر عدم عودها وهذا قول بعض أصحاب الشافعى . وقال القاضى : يسأل أهل الخبرة فان قالوا : لا تعود فله القصاص فى الحال ، وان قالوا : يرجى عودها الى وقت ذكروه لم يقتص حتى يأتى ذلك الوقت ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى لانها تحتمل العود فأشبهت سن من لم يثغر .

وإذا ثبت هذا : فانها ان لم تعد بعد فلا كلام ، وان عادت لم يجب قصاص ولا دية ، وهذا قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر لا يسقط

الأرش لأن هذه السن لا تستخلف عادة ، فإذا عادت كانت هبة مجددة ، ولذلك لا ينتظر عودها في الضمان .

ولنا أنها سن عادت فسقط الأرش كسن من لم يثغر وندرة وجودها لا يمنع ثبوت حكمها إذا وجدت ، فعلى هذا إن كان أخذ الأرش رده ، وإن كان استوفى القصاص لم يجز قلع هذه قصاصا لأنه لم يقصد العدوان ، وإن عادت سن الجاني دون سن المجني عليه ففيه وجهان . أحدهما لا تقلع لئلا يأخذ سنين بسن واحدة وإنما قال الله تعالى ( السن بالسن ) . والثاني تقلع وإن عادت مرات لأنه قلع سنه وأعدمها فكان له إعدام سنه ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين .

( فصل ) وإن قلع سناً فاقتص منه ثم عادت سن المجني عليه فقلعها الجاني ثانية فلا شيء عليه لأن سن المجني عليه لما عادت وجب للجاني عليه دية سنه فلما قلعها وجب على الجاني ديتها للمجني عليه فقد وجب لكل واحد منهما دية سن فيتقاصان .

« مسألة » قال ( وإن كسر بعضها برد من سن الجاني مثله )

وجملته أن القصاص جار في بعض السن لأن الربيع كسرت سن جارية فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص ، ولان ما جرى القصاص في جملته جرى في بعضه إذا أمكن كالاذن فيقدر ذلك بالاجزاء فيؤخذ النصف بالنصف والثلث بالثلث وكل جزء بمثله ولا يؤخذ ذلك بالمساحة كيلا يفضي الى أخذ جميع سن الجاني ببعض سن المجني عليه ، ويكون القصاص بالمبرد ليؤمن أخذ الزيادة ، فإنا لو أخذناها بالكسر لم نامن أن تنصدع أو تنقلع أو تنكسر من غير موضع القصاص ولا يقتص حتى يقول أهل الخبرة إنه يؤمن انقلاعها أو السواد فيها ، لان توهم الزيادة يمنع القصاص في الاعضاء كما لو قطعت يده من غير مفصل ، فإن قيل فقد أجزتم القصاص في الاطراف مع توهم سرايتها الى النفس فلم منعتم منه لتوهم السراية إلى بعض العضو؟ قلنا وهم السراية الى النفس لاسبيل الى التحرز منه ، فلو اعتبرناه في المنع لسقط القصاص في الاطراف بالكلية فسقط اعتباره ، أما السراية الى بعض العضو فتارة نقول إنما منع القصاص فيها احتمال الزيادة

فى الفعل لا فى السراية مثل من يستوفى بعض الذراع فإنه يحتمل أن يفعل أكثر مما فعل به ، وكذلك من كسر سناً ولم يصدعها فكسر المستوفى سنه وصدعها أو قلعها أو كسر أكثر مما كسر فقد زاد على المثل ، والقصاص يعتمد المماثلة ، وتارة نقول ان السراية فى بعض العضو إنما منع إذا كانت ظاهرة ، ومثل هذا يمنع فى النفس ولهذا منعناه من الاستيفاء بآلة كالة أو مسمومة ، وفى وقت إفراط الحرارة أو البرودة تحرزاً من السراية .

( فصـــل ) ومن قلع سنا زائدة وهى التى تنبت فضلة فى غير سمت الاسنان خارجة عنها إما الى داخل الفم واما الى الشفة وكانت للجانى مثلها فى موضعها فللمجنى عليه القصاص أو أخذ حكومة فى سنه ، وان لم يكن له مثلها فى محلها فليس للمجنى عليه الا الحكومة ، وان كانت احدى الزائدتين أكبر من الأخرى ففيه وجهان . أحدهما . لا تؤخذ الكبرى بالصغرى ، لأن الحكومة فيها أكبر فلا يقلع بها ما هو أقل قيمة منها .

والثانى : تؤخذ بها لأنهما سنان متساويان فى الموضع فتؤخذ كل واحدة منهما بالأخرى كالاصليتين ، ولأن قول الله تعالى (والسن بالسن ) عام فيدخل فيه محل النزاع ، وان قلنا يثبت القياس فى الزائدتين بالاجتهاد فالثابت بالاجتهاد معتبر بما ثبت بالنص واختلاف القيمة لا يمنع القصاص ، بدليل جريانه بين العبيد وبين الذكر والأنثى فى النفس والأطراف ، على أن كبر السن لا يوجب كثرة قيمتها فإن السن الزائدة نقص وعيب وكثرة العيب زيادة فى النقص لا فى القيمة ، ولان كبر السن الاصلية لا يزيد قيمتها فالزائدة كذلك .

( فصـــل )

ويؤخذ اللسان باللسان لقوله تعالى ( والجروح قصـــاص ) ولأن له حداً ينتهى اليه فاقتص منه كالعين ، ولا نعلم فى هذا خلافا . ولا يؤخذ لسان ناطق بلسان أخرس لانه أفضل منه ، ويؤخذ الاخرس بالناطق لانه بعض حقه ويؤخذ بعض اللســـان ببعض لأنه أمكن القصاص فى جميعه فأمكن فى بعضه كالسن ، ويقدر ذلك بالاجزاء ويؤخذ منه بالحساب .

( فصل ) وتؤخذ الشفة بالشفة ، وهى ما جاوز الذقن والخدين علواً وسفلا لقول الله تعالى ( والجروح قصاص ) ولأن له حداً ينتهى اليه يمكن القصاص منه فوجب كاليدين .

« مسألة » قال : ولا تؤخذ يمين بيسار ولا يسار بيمين )

هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وحكى عن ابن سيرين وشريك أن احداهما تؤخذ بالاخرى لأنهما يستويان فى الخلقة والمنفعة .

ولنا أن كل واحدة منهما تختص باسم فلا تؤخذ احداهما بالاخرى كاليد مع الرجل ، فعلى هذا كل ما انقسم الى يمين ويسار كاليدين والرجلين والاذنين والمنخرين والثديين والإليتين والانثيين لا تؤخذ احداها بالاخرى .

( فصل ) وما انقسم الى أعلى وأسفل كالجفنين والشفتين لا يؤخذ الاعلى بالاسفل ولا الاسفل بالاعلى لما ذكرنا ، ولا تؤخذ أصبع بأصبع الا أن يتفقا فى الاسم والموضع ، ولا تؤخذ أنملة بأنملة الا أن يتفقا فى ذلك ، ولا تؤخذ عليا بسفلى ولا وسطى ، والوسطى والسفلى لا تؤخذان بغيرها ، ولا تؤخذ السن بالسن الا أن يتفق موضعهما واسمهما ولا تؤخذ أصبع ولا سن أصلية بزائدة ولا زائدة بأصلية ولا زائدة بزائدة فى غير محلها لما ذكرناه .

( فصل ) ومالا يجوز أخذه قصاصا لا يجوز بتراضيهما واتفاقهما عليه ، لان الدماء لا تستباح بالاستباحة والبذل ، ولذلك لو بذلها له ابتداء لا يحل أخذها ، ولا يحل لاحد قتل نفسه ولا قطع طرفه فلا يحل لغيره ببذله . فلو تراضيا على قطع احدى اليدين بدلا عن الاخرى فقطعها المقتص سقط القود لان القود سقط فى الاولى بإسقاط صاحبها ، وفى الثانية بإذن صاحبها فى قطعها وديتهما متساوية . وهذا قول أبى بكر ، ولذلك قال : لو قطع المقتص اليد الاخرى عدوانا لسقط القصاص لانهما تساويا فى الالم والدية والاسم فتقاصا وتساقطا ، ولان ايجاب القصاص يفضى الى قطع يدى كل واحد منهما واذهاب منفعة الجنس والحاق الضرر العظيم بهما جميعا ، ولا تفريع على هذا القول لوضوحه ، وكل واحد من القطعين

مضمون بسرايته لأنه عدوان ، وقال ابن حامد : إن كان أخذها عدوانا فلكل واحد منهما القصاص على صاحبه ، وإن أخذها بتراضيهما فلا قصاص فى الثانية لرضا صاحبها ببذلها وإذنه فى قطعها ؛ وفى وجوبه فى الاولى وجهان

أحدهما : يسقط لما ذكرنا . والثانى : لا يسقط لانه رضى بتركه بعوض لم يثبت فكان له الرجوع الى حقه كما لو باعه سلعة بخمر وقبضه اياه ، فعلى هذا له القصاص الا أنه لا يقتص إلا بعد اندمال الاخرى وللجانى دية يده ، فإذا وجب للمجنى عليه دية يده وكانت الديتان واحدة تقاصا ، وان كانت إحداهما أكبر من الأخرى كالرجل مع المرأة وجب القصاص لصاحبه .

( فصل ) وإذا قال المقتص للجانى أخرج يمينك لاقطعها فأخرج يساره فقطعها فعلى قول أبى بكر يجزىء ذلك ، سواء قطعها عالما بها أو غير عالم ، وعلى قول ابن حامد إن أخرجها عمداً عالماً بأنها يساره وإنها لا تجزىء فلا ضمان على قاطعها ولا قود لانه بذلها بإخراجه لها لا على سبيل العوض ، وقد يقوم الفعل فى ذلك مقام النطق ؛ بدليل أنه لا فرق بين قوله خذ هذا فكله وبين استدعاء ذلك منه فيعطيه إياه ، ويفارق هذا مالو قطع يد إنسان وهو ساكت لانه لم يوجد منه البذل وينظر فى المقتص فإن فعل ذلك عالماً بالحال عذر لانه ممنوع منه لحق الله تعالى ، وهل يسقط القصاص فى اليمين ؟ على وجهين . أحدهما : يسقط لان قاطع اليسار تعدى بقطعها ، ولانه قطع إحدى يديه فلم يملك قطع اليد الاخرى كما لو قطع يد السارق اليسرى مكان يمينه فإنه لا يملك قطع يمينه

والوجه الثانى : أنه لا يسقط وهو مذهب الشافعى ، وفرقوا بين القصاص وقطع السارق من ثلاثة أوجه . أحدها : أن الحد مبنى على الاسقاط بخلاف القصاص . والثانى : أن اليسار لا تقطع فى السرقة وإن عدمت يمينه لانه يفوت منفعة الجنس فى الحد بخلاف القصاص . والثالث : أن اليد لو سقطت بأكلة أو قصاص سقط القطع فى السرقة فجاز أن يسقط بقطع اليسار ، بخلاف القصاص فإنه لا يسقط وينتقل إلى البدل لكن لا تقطع يمينه حتى تندمل يساره لئلا يؤدى الى ذهاب نفسه

فان قيل أليس لو قطع يمين رجل ويسار آخر لم يؤخر أحدهما الى اندمال

الآخر ؟ قلنا الفرق بينهما أن القطعين مستحقان قصاصا فلهذا جمعنا بينهما ، وفى مسألتنا أحدهما غير مستحق فلم نجمع بينهما ، فإذا اندملت اليسار قطعنا اليمين فإن سرى قطع اليسار إلى نفسه كانت هدراً ويجب فى تركته دية اليمين لتعذر الاستيفاء فيها بموته، وإن قال المقتص منه لم أعلم أنها اليسار أوظننت أنها تجزىء عن اليمين نظرت فى المستوفى فإن علم أنها يساره وأنها لا تكون قصاصاً ضمنها بديتها ويعزر ، وقال بعض الشافعية عليه القصاص لأنه قطعها مع العلم بأنه ليس له قطعها

ولنا : أنه قطعها ببذل صاحبها فلم يجب عليه القصاص كما لو علم باذلها ، وإن كان جاهلا فلا تعزير عليه وعليه الضمان بالدية لأنه بذلها على وجه البدل فكانت مضمونة عليه ، ولأنها مضمونة لو كان القاطع عالماً بها ، وما وجب ضمانه فى العمد وجب فى الخطأ كاتلاف المال ، والقصاص باق له فى اليمين ولا تقطع حتى تندمل اليسار فاذا اندملت فله قطع اليمين فان عفا وجب بدلها ويتقاصان وإن سرت اليسار إلى نفسه كانت مضمونة بالدية الكاملة وقد تعذر قطع اليمين ووجب له نصف الدية فيتقاصان به ويبقى نصف الدية لورثة الجانى

وإن اختلفا فى بذلها فقال الجانى انما بذلتها بدلا عن اليمين . وقال المجنى عليه بذلتها فى غير عوض أو قال أخرجتها دهشة . فقال: بل عالماً . فالقول قول الجانى لانه أعلم بنيته ولان الظاهر أن الانسان لايبذل طرفه للقطع تبرعا مع أن عليه قطعا مستحقا، وهذا مذهب الشافعى ، وان كان باذل اليسار مجنونا مثل أن يجن بعد وجوب القصاص عليه فعلى قاطعها ضمانها بالقصاص ان كان عالما وبالدية ان كان مخطئا لان بذل المجنون ليس بشبهة

وان كان من له القصاص مجنونا ومن عليه القصاص عاقلا فأخرج اليه يساره أو يمينه فقطعها ذهبت هدراً لانه لا يصح منه الاستيفاء ولا يجوز البدل له ولا ضمان عليه لانه أتلفها ببذل صاحبها لكن ان كان المقطوع اليمنى فقد تعذر استيفاء القصاص فيها لتلفها فيكون للمجنون ديتها ، وان وثب المجنون عليه فقطع يده التى لاقصاص فيها فعلى عاقلته ديتها وله القصاص فى الاخرى ؛ وان قطع الاخرى فهو مستوف حقه فى أحد الوجهين ، لان حقه متعين فيها ، فاذا أخذها قهرا سقط حقه كما لو أتلف وديعته .

والثاني : لا يسقط حقه وله عقل يده وعقل يد الجاني على عاقلته لأن المجنون لا يصح منه الاستيفاء ويفارق الوديعة إذا أتلفها لأنها تلفت بغير تفريط وليس لها بدل إذا تلفت بذلك واليد بخلافه فإنها لو تلفت بغير تفريط كانت عليه ديتها وكذلك الصغير وكذلك الحكم فيهما إذا قتلا قاتل أبيهما عمداً ، وان اقتصا من الجاني مالا تحمله عاقلته كما دون الثلث كقطع أصبع ونحوها سقط حقهما لأن ذلك يقتضي الدية في ذمتهما ولهما في ذمة الجاني مثل ذلك فيتقاصان ، وان كانت ديتهما مختلفة كالمسلم والذمي والرجل والمرأة ، فإن قلنا : يكونان مستوفيين لحقهما بالقطع لم يبق لهما حق كما لو أتلفا وديعتهما ، وان قلنا : لا يكونان مستوفيين يقاص من الديتين بقدر الأدنى منهما ووجب الفضل للصبي والمجنون ، وان كانت الجناية عليهما أو على وليهما خطأ تحمله العاقلة فاستوفيا القصاص لم يسقط حقهما وجها واحداً وكانت دية ما استوفيا منه على عاقلتهما مؤجلة ودية الجناية عليهما أو على وليهما على عاقلة الجاني مؤجلة .

## ( فصل )

وسراية القود غير مضمونة ومعناه أنه إذا قطع طرفاً يجب القود فيه فاستوفى منه المجني عليه ثم مات الجاني بسراية الاستيفاء لم يلزم المستوفي شيء ، وبهذا قال الحسن وابن سيرين ومالك والشافعي وإسحاق وأبو يوسف ومحمد وابن المنذر ؛ وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم .

وقال عطاء وطاوس وعمرو بن دينار والحارث العكلي والشعبي والنخعي والزهري وأبو حنيفة : عليه الضمان ، قال أبو حنيفة : عليه كمال الدية في ماله ، وقال غيره هي على عاقلته لأنه فوت نفسه ولا يستحق إلا طرفه فلزمته ديته كما لو ضرب عنقه ولأنها سراية قطع مضمون فكانت مضمونة كسراية الجناية والدليل على أنه مضمون أنه مضمون بالقطع الأول لأنه في مقابلته .

ولنا أن عمر وعليا رضي الله عنهما قالا « من مات من حد أو قصاص لا دية له ، الحق قتله » رواه سعيد بمعناه ولأنه قطع مستحق مقدر فلا تضمن سرايته كقطع السارق وفارق ما قاسوا عليه فإنه ليس ما فعله مستحقاً .

إذا ثبت هذا فلا فرق بين سرايته الى النفس بأن يموت منها أو الى ما دونها مثل أن يقطع اصبعا فتسرى الى كفه .

( فصــــل ) وسراية الجناية مضمونة بلا خلاف لأنها أثر الجناية والجناية مضمونة فكذلك أثرها ثم إن سرت الى النفس ومالا يمكن مباشرته بالاتلاف مثل أن يهشمه فى رأسه فيذهب ضوء عينيه وجب القصاص فيه ولا خلاف فى ذلك فى النفس ، وفى ضوء العين خلاف قد ذكرناه فيما تقدم ، وان سرت الى ما يمكن مباشرته بالاتلاف مثل ان قطع اصبعا فتآكلت أخرى وسقطت من مفصل ففيه القصاص أيضا فى قول إمامنا وأبى حنيفة ومحمد بن الحسن ، وقال أكثر الفقهاء لا قصاص فى الثانية وتجب ديتها لأن ما أمكن مباشرته بالجناية لا يجب القود فيه بالسراية كما لو رمى سهما فرق منه الى آخر .

ولنا أن ما وجب فيه القود بالجناية وجب بالسرايه كالنفس وضوء العين ولأنه أحد نوعى القصاص فأشبه ماذكرنا وفارق ماذكروه فإن ذلك فعل وليس بسرايه ولأنه لو قصد ضرب رجل فأصاب آخر لم يجب القصاص ولو قصد قطع ابهامه فقطع سبابته وجب القصاص ولو ضرب إبهامه فرق الى سبابته وجب القصاص فيهما فافترقا ولأن الثانيه تلفت بفعل أوجب القصاص فوجب القصاص فيها كما لو رمى إحداهما فرق الى الأخرى .

فأما ان قطع أصبعا فشلت الى جانبها أخرى وجب القصاص فى المقطوعة حسب والأرش فى الشلاء وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفه لا قصاص فيهما ويجب أرشهما جميعا لان حكم السرايه لا ينفرد عن الجنايه بدليل ما لو سرت الى النفس فإذا لم يجب القصاص فى إحداهما لم يجب فى الأخرى .

ولنا أنها جنايه موجبه للقصاص لو لم تسر فأوجبته إذا سرت كالتى تسرى الى سقوط أخرى وكما لو قطع يد حبلى فسرى الى جنينها وبهذا يبطل ما ذكره وفارق الاصل لان السرايه مقتضيه للقصاص كاقتضاء الفعل له فاستوى حكمهما وهمنا بخلافه ولان ما ذكره غــــير صحيح فإن القطع إذا سرى الى النفس سقط القصاص فى القطع ووجب فى النفس فخالف حكم الجناية حكم السرايه فسقط ماقاله إذا ثبت هذا . فان الأرش يجب فى ماله ولا تحمله العاقله لأنه جناية عمد

وإنما لم يجب القصاص فيه لعدم المماثلة فى القطع والشلل فإذا قطع أصبعه فشلت أصابعه الباقية وكفه فعفا عن القصاص وجب له نصف الدية ، وإن اقتص من الأصبع فله فى الأصابع الباقية أربعون من الإبل ويتبعها ما حاذاها من الكف وهو أربعة أخماسه فيدخل أرشه فيها ويبقى خمس الكف فيه وجهان .

أحدهما : يتبعها فى الأرش ولا شيء فيه .

والثانى : فيه الحكومة لأن ما يقابل الأربع تبعها فى الأرش لاستوائهما فى الحكم ، وحكم التى اقتص منها مخالف لحكم الأرش فلم يتبعها .

( فصـــل ) ولا يجوز القصاص فى الطرف الا بعد اندمال الجرح فى قول أكثر أهل العلم . منهم النخعى والثورى وأبو حنيفة ومالك وإسحاق وأبو ثور وروى ذلك عن عطاء والحسن .

قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى الانتظار بالجرح حتى يبرأ ويتخرج لنا أنه يجوز الاقتصاص قبل البرء بناء على قولنا إنه اذا سرى الى النفس يفعل كما فعل وهذا قول الشافعى ، قال ولو سأل القود ساعة قطعت أصبعه أقدته لما روى جابر « أن رجلا طعن رجلا بقرن فى ركبته فقال يا رسول الله أقدنى قال : حتى تبرأ فأبى وعجل فاستقاد له رسول الله صلى الله عليه وسلم فعيبت رجل المستقيد وبرأت رجل المستقاد منه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم ليس لك شيء عجلت » رواه سعيد مرسلا ولأن القصاص من الطرف لا يسقط بالسراية فوجب أن يملكه فى الحال كما لو برأ .

ولنا ما روى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى أن يستقاد من الجروح حتى يبرأ المجروح » ورواه الدارقطنى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم ولأن الجرح لا يدرى أقتل هو أم ليس بقتل ؟ فينبغى أن ينتظر ليعلم ما حكمه ؟ فأما حديثهم فقد رواه الدارقطنى ، وفى سياقه فقال يا رسول الله عرجت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « قد نهيتك فعصيتنى فأبعدك الله وبطل عرجك » ثم نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه وهذه زيادة يجب قبولها وهى متأخرة عن الاقتصاص فتكون ناسخة له وفى نفس الحديث

مايدل على أن استقادته قبل البرء معصية لقوله « قد نهيتك فعصيتنى » وما ذكروه ممنوع وهو مبنى على الخلاف :

( فصل ) فإن اقتص قبل الاندمال هدرت سراية الجناية ، وقال أبو حنيفة والشافعى بل هى مضمونه لأنها سراية جناية فكانت مضمونة كما لو لم يقتص

ولنا الخبر المذكور ولانه استعجل مالم يكن له استعجاله فبطل حقه كقاتل موروثه وبهذا فارق من لم يقتص فعلى هذا لو سرى القطعان جميعاً فمات الجانى والمستوفى فهما هدر .

وقال أبو حنيفة يجب ضمان كل واحد منهما الان سراية كل واحد منهما مضمونه ثم يتقاصان فيسقطان وقال الشافعى ان مات المجنى عليه أولا ثم مات الجانى كان قصاصا لأنه مات من سراية القطع فقد مات بفعل المجنى عليه، وان مات الجانى فكذلك فى أحد الوجهين ، وفى الآخر يكون موت الجانى هدراً ولولى المجنى عليه نصف الدية فأما ان سرى أحد القطعين دون صاحبه فعندنا هو هدر لا ضمان فيه ، وعند أبى حنيفة يجب ضمان سرايته وعند الشافعى ان سرت الجناية فهى مضمونه، وان سرى الاستيفاء لم يجب ضمانه ومبنى ذلك على ما تقدم من الخلاف

( فصل ) وان اندمل جرح الجناية فاقتص منه ثم انتقض فسرى فسرايته مضمونة وسراية الاستيفاء غير مضمونه لانه اقتص بعد جواز الاقتصاص فعلى هذا لو قطع يد رجل فبرأ فاقتص ثم انتقض جرح المجنى عليه فمات فلوليه قتل الجانى لأنه مات من جنايته ، وان عفا الى الدية فلا شىء له لأنه استوفى بالقطع ما قيمته ديه وهو يداه وان سرى الاستيفاء لم يجب أيضا شىء لأن القصاص قد سقط بموته والديه لا يمكن إيجابها لما ذكرنا ، وان كان المقطوع بالجنايه يداً فوليه بالخيار بين القصاص فى النفس وبين العفو الى نصف الديه ومتى سقط القصاص بموت الجانى أو غيره وجب نصف الديه فى تركة الجانى أو ماله ان كان حيا

( فصل ) ولو قطع كتابى يد مسلم فبرأ أو اقتص ثم انتقض جرح المسلم فمات فلوليه قتل الكتابى والعفو الى أرش الجرح وفى قدره وجهان :

أحدهما : نصف الديه لانه قد استوفى بدل يده بالقصاص وبدلها نصف ديته فبقى له نصفها كما لو كان القاطع مسلما .

والثاني : له ثلاثة أرباعها لان يد اليهودي تعدل نصف ديته وذلك ربع دية المسلم فقد استوفى ربع ديته وبقي له ثلاثة ارباعها وان كان قطع يدى المسلم فاقتص منه ثم مات المسلم فعفا وليه الى مال انبنى على الوجهين ان قلنا تعتبر قيمة اليهودى فله ههنا نصف الدية وان قلنا الاعتبار بقيمة يد المسلم فلا شيء له ههنا لانه قد استوفى بدل يديه وهما جميع ديته

ولو كان القطع فى يديه ورجليه فعفا الى الديه لم يكن له شيء وجها واحداً لان ديه ذلك دية مسلم ، ولو كان الجانى امرأة على رجل فالحكم على ما ذكرنا سواء لان ديتها نصف دية الرجل

(فصل) اذا قطع يد رجل من الكوع ثم قطعها آخر من المرفق فمات بسرايتهما فلوليه قتل القاطعين وليس له أن يقطع طرفيهما فى أحد الوجهين ، وفى الآخر له قطع يد القاطع من الكوع فان قطعها ثم عفا عنه فله نصف الديه، وأما الاخر فان كانت يده مقطوعة من الكوع فقطعها من المرفق ثم عفا فله دية الا قدر الحكومه فى الذراع ولو كانت يد القاطع من المرفق صحيحه لم يجز قطعها رواية واحدة لانه يأخذ صحيحة بمقطوعه وان قطع أيديهما وهما صحيحتان أو قطع رجلان يديه فقطع يديهما ثم سرت الجنايه فمات من قطعهما فليس لوليه العفو على الديه لانه قد استوفى ما قيمته ديه وان اختار قتلهما فله ذلك

( فصل )

ولا يجوز أن يقتص من حامل قبل وضعها سواء كانت حاملا وقت الجنايه أو حملت بعدها قبل الاستيفاء وسواء كان القصاص فى النفس أو فى الطرف : أما فى النفس فلقول الله تعالى ( فلا يسرف فى القتل ) وقتل الحامل قتل لغير القاتل فيكون اسرافا

وروى ابن ماجه بإسناده عن عبد الرحمن بن غنم قال حدثنا معاذ بن جبل وأبو عبيدة ابن الجراح وعبادة بن الصامت وشداد بن أوس قالوا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا قتلت المرأة عمداً لم تقتل حتى تضع ما فى بطنها ان كانت حاملا وحتى تكفل ولدها وان زنت لم ترجم حتى تضع مافى بطنها وحتى تكفل ولدها » وهذا نص ولان النبي (ص) قال للغامديه المقرة بالزنا « ارجعي

حتى تضعى ما فى بطنك ، ثم قال لها : ارجعى حتى ترضعيه ، ولأن هذا اجماع من أهل العلم لا نعلم بينهم فيه اختلافا .

وأما القصاص فى الطرف فلأننا منعنا الاستيفاء فيه خشية السرايه الى الجانى أو الى زيادة فى حقه فلأن تمنع منه خشية السرايه الى غير الجانى وتفويت نفس معصومة أولى وأحرى ، ولأن فى القصاص منها قتلا لغير الجانى وهو حرام ، واذا وضعت لم تقتل حتى تسقى الولد اللبأ لان الولد لا يعيش الا به فى الغالب ثم ان لم يكن للولد من يرضعه لم يجز قتلها حتى يجيء أوان فطامه لما ذكرنا من الخبرين ، ولانه لما أخر الاستيفاء لحفظه وهو حمل ، فلأن يؤخر لحفظه بعد وضعه أولى الا أن يكون القصاص فيما دون النفس ويكون الغالب بقاؤها وعدم ضرره بالاستيفاء منها فيستوفى ، وان وجد له مرضعة راتبة جاز قتلها لانه يستغنى بلبنها وان كانت مترددة أو جماعة يتناوبنه أو أمكن أن يسقى من لبن شاة أو نحوها جاز قتلها ، ويستحب للولى تأخيرها لما على الولد من الضرر لاختلاف اللبن عليه وشرب لبن البهيمة .

( فصل ) واذا ادعت الحمل ففيه وجهان ( أحدهما ) تحبس حتى يتبين حملها ، لان للحمل أمارات خفية تعلمها من نفسها ولا يعلمها غيرها ، فوجب أن يحتاط للحمل حتى يتبين انتفاء ما ادعته ؛ ولانه أمر يختصها فقبل قولها فيه كالحيض .

( والثانى ) ذكره القاضى انها ترى أهل الخبرة ، فإن شهدن بحملها أخرت ، وان شهدن ببراءتها لم تؤخر لان الحق حال عليها فلا يؤخر بمجرد دعواها .

( فصـــل )

وان اقتص من حامل فقد أخطأ وأخطأ السلطان الذى مكنه من الاستيفاء وعليهما الإثم ان كانا عالمين أو كانا منهما تفريط ، وان علم أحدهما أو فرط فالاثم عليه ، ثم ننظر فإن لم تلق الولد فلا ضمان فيه لانا لم نتحقق وجوده وحياته ، وان انفصل ميتاً أو حيا لوقت لا يعيش فى مثله ففيه غرة ؛ وان انفصل حيا لوقت يعيش مثله ثم مات من الجناية وجبت فيه دية ، وعلى من يجب ضمانه ؟ ننظر فإن كان الامام والولى عالمين بالحمل وتحريم الاستيفاء أو جاهلين بالامرين أو بأحدهما ،

أو كان الولى عالما بذلك دون الممكن له من الاستيفاء فالضمان عليه وحده لأنه مباشر ، والحاكم الممكن له صاحب سبب : ومتى اجتمع المباشر مع المتسبب كان الضمان على المباشر دون المتسبب كالحافر مع الدافع ، وان علم الحاكم دون الولى فالضمان على الحاكم وحده ، لان المباشر معذور فكان الضمان على المتسبب كالسيد إذا أمر عبده القتل ، والعبد أعجمى لا يعرف تحريم القتل ، وكشهود القصاص إذا رجعوا عن الشهادة بعد الاستيفاء .

وقال القاضى : إن كان أحدهما عالما وحده فالضمان عليه وحده ، وإن كانا عالمين فالضمان على الحاكم لانه الذى يعرف الاحكام ، والولى إنما يرجع الى حكمه واجتهاده ، وان كانا جاهلين ففيه وجهان . أحدهما الضمان على الامام كما لو كانا عالمين . والثانى على الولى ، وهذا مذهب الشافعى .

وقال أبو الخطاب . الضمان على الحاكم ولم يفرق : وقال المزنى: الضمان على الولى فى كل حال لأنه المباشر والسبب غير ملجىء فكان الضمان عليه ، كالحافر مع الدافع ، وكما لو أمر من يعلم تحريم القتل به فقتل ، وقد ذكرنا ما يقتضى التفريق والله أعلم .

« مسأله » قال ( واذا كان القاطع سالم الطرف والمقطوعة شلاء فلا قود )

لا نعلم أحداً من أهل العلم قال بوجوب قطع يد أو رجل أو لسان صحيح باشل ، الا ما حكى عن داود أنه أوجب ذلك ، لأن كل واحد منهما مسمى باسم صاحبه فيؤخذ به كالاذنين .

ولنا أن الشلاء لا نفع فيها سوى الجمال فلا يؤخذ بها ما فيه نفع كالصحيحة لا تؤخذ بالقائمة وما ذكر له قياس ، وهو لا يقول بالقياس ، واذا لم نوجب القصاص فى العينين مع قول الله تعالى ( العين بالعين ) لأجل تفاوتهما فى الصحة والعمى فلأن لا يجب ذلك فيما لا نص فيه أولى .

( فصل ) وان قطع أذنا شلاء أو أنفا أشل فهل يؤخذ به الصحيح ؟ فيه وجهان أحدهما لا يؤخذ به كسائر الاعضاء ، والثانى : يؤخذ به لان نفعه لا يذهب بشلله

فإن نفع الاذن جمع الصوت ورد الهوام وستر موضع السمع ، ونفع الانف جمع الريح ورد الهواء أو الهوام : فقد ســـاوى الصحيح فى الجمال والنفع ، فوجب أخذ كل واحد منهما بالآخر كالصحيـح بالصحيح ، بخلاف اليد والرجل ، وللشافعى قولان كالوجهين .

( فصل ) ولا تؤخذ يد كاملة الاصابع بناقصة الاصابع ، فلو قطع من له خمس أصابع يد من له أربع أو ثلاث أو قطع من له أربع أصابع يد من له ثلاث لم يجب القصاص لانها فوق حقه ، وهل له أن يقطع من أصابع الجانى بعدد أصابعه ؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما اذا قطع من نصف الكف ، وان قطع ذو اليد الكاملة يداً فيها أصبع شلاء وباقيها صحاح لم يجز أخذ الصحيحة بها لانه أخذ كامل بناقص ؛ وفى الاقتصاص من الاصابع الصحاح وجهان ، فإن قلنا له أن يقتص فله الحكومة فى الشلاء وأرش ما تحتها من الكف ، وهل يدخل ما تحت الاصابع الصحاح فى قصاصها أو تجب فيه حكومة ؟ على وجهين

فصـــل

وان قطـع اليد الكاملة ذو يد فيها أصبع زائدة وجب القصاص فيها ، ذكره أبو عبد الله بن حامد ، لان الزائده عيب ونقص فى المعنى يرد بها المبيع فلم يمنع وجودها القصاص منها كالسلعة فيها والخراج ، واختار القاضى أنها لا تقطع بها وهو مذهب الشافعى لانها زيادة ، فعلى هذا : ان كان للمجنى عليه أيضا أصبـع زائدة فى محل الزائدة من الجانى وجب القصاص لاستوائهما ، وان كانت فى غير محلها أو لم يكن للمجنى عليه أصبـع زائدة لم تؤخذ يد الجانى ، وهل يملك قطع الاصابـع ؟ ننظر فإن كانت الزائدة ملصقة بأحد الاصابع فليس له قطـع تلك الاصبـع لان فى قطعها اضرار بالزائدة : وهل له قطع الاصابـع الاربـع ؟ على وجهين ، وان لم تـكن ملصقة بواحـدة منهن فهل له قطع الخمس ؟ على وجهين ، وان كانت الزائدة نابتة فى أصبع فى أنملتها العليا لم يجز قطعها ، وان كانت نابتة فى السفلى أو الوسطى فله قطع ما فوقها من الانامل فى أحد الوجهين ويأخذ أرش الانملة التى تعذر قطعها فى أحد الوجهين ويتبع ذلك خمس الـكفـــ

( فصل ) وان قطع ذو يد لها أظفار يد من لا أظفار له لم يجز القصاص لأن

الكاملة لا تؤخذ بالناقصة ، وان كانت المقطوعة ذات أظفار إلا أنها خضراء أو مستحشفة أخذنا بها السليمة لأن ذلك علة ومرض والمرض لا يمنع القصاص بدليل أنا نأخذ الصحيح بالسقيم .

« مسألة » قال ( وان كان القاطع أشل والمقطوعة سالمه فشاء المظلوم أخذها فذلك له ولا شيء له غيرها وان شاء عفا وأخذ دية يده )

أما إذا اختار الدية فله دية يده ، لا نعلم فيه خلافا لانه عجز عن استيفاء حقه على الكمال بالقصاص فكانت له الدية كما لو لم يكن للقاطع يد ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ، وان اختار القصاص سئل أهل الخبرة فإن قالوا إنه إذا قطع لم تنسد العروق ودخل الهواء الى البدن فأفسده سقط القصاص لانه لا يجوز أخذ نفس بطرف ، وان أمن هذا فله القصاص لأنه رضي بدون حقه فكان له ذلك كما لو رضي المسلم بالقصاص من الذمي والرجل من المرأة والحر من العبد ، وليس له مع القصاص أرش لان الشلاء كالصحيحه في الخلقة ، وإنما نقصت في الصفة فلم يكن له أرش كالصور التي ذكرناها .

وقال أبو الخطاب : عندي له أرش مع القصاص على قياس قوله في عين الاعور . والاول أصح فإن إلحاق هـذا الفرع بالاصول المتفق عليها أولى من إلحاقه بفرع مختلف فيه خارج عن الاصول مخالف للقياس .

( فصـل ) وتؤخذ الشلاء بالشلاء اذا أمن في الاستيفاء الزيادة ، وقال أصحاب الشافعي لا تؤخذ بها في أحد الوجهين ، لأن الشلاء عليلة والعلل يختلف تأثيرها في البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما .

ولنا أنهما متماثلان في ذات العضو وصفته ، فجاز أخذ إحـداهما بالاخرى كالصحيحة بالصحيحة .

( فصل ) وتؤخذ الناقصة بالناقصة اذا تساوتا فيه بأن يكون المقطوع من يد الجاني كالمقطوع من يد المجني عليه لانهما تساوتا في الذات والصفة ، فأما ان اختلفا فكان المقطوع من يد أحدهما الإبهام ومن الاخرى أصبع غيرها لم يجز القصاص لان فيه أخذ أصبع بغيرها وان كانت يد أحدهما ناقصة أصبعاً والاخرى

ناقصة تلك الاصبع وأخرى جاز أخذ الناقصة أصبعين بالناقصة أصبعا . وهل له أرش أصبعه الزائدة ؟ فيه وجهان : ولا يجوز أخذ الاخرى بها ، لان الكاملة لا تؤخذ بالناقصة

( فصل ) ويجوز أخذ الناقصة بالكامله لانها دون حقه ، وهل له أخذ دية الاصابع الناقصة ؟ على وجهين . أحدهما : له ذلك ، وهو قول الشافعي واختيار ابن حامد .

والثانى : ليس له مع القصاص أرش . وهو مذهب أبي حنيفه ؟ وقياس قول أبي بكر لئلا يفضى الى الجمع بين قصاص ودية فى عضو واحد

وقال القاضى قياس قوله : سقوط القصاص كقوله فيمن قطعت يده من نصف الذراع ، وليس كذلك لانه يقتص من موضع الجناية ويضع الحديدة فى موضع وضعها الجانى فلك ذلك كالو جنى عليه فوق الموضحة، أو كان رأس الشاج أصغر أو أخذ الشلاء بالصحيحه ؛ ويفارق القاطع من نصف الذراع لانه لا يمكنه القصاص من موضع الجنايه . هكذا حكاه الشريف عن أبي بكر

( فصل ) وان كانت يد القاطع والمجنى عليه كاملتين . فى يد المجنى عليه أصبع زائدة فعلى قول ابن حامد لا عبرة بالزائدة لانها بمنزلة الخراج والسلعة وعلى قول غيره له قطع يد الجانى . وهل له حكومة فى الزائدة ؟ على وجهين ، وان قطع من له خمس أصابع أصليه كف من له أربع أصابع أصليه وأصبع زائدة ، أو قطع من له أربع أصابع وأصبع زائده كف من له خمس أصابع أصليه فلا قصاص فى الصورة الاولى ، لان الاصليه لا تؤخذ بالزائدة وله القصاص فى الصورة الثانية فى قول ابن حامد ، لان الزائدة لا عبرة بها

وقال غيره ان لم تكن الزائدة فى محل الاصليه فلا قصاص أيضا لان الاصبعين مختلفتان ، وان كانت فى محل الاصليه فقال القاضى يجرى القصاص ، وهو مذهب الشافعي ولا شيء له لنقص الزائدة، وهذا فيه نظر فإنها متى كانت فى محل الاصلية كانت أصلية ، لان الزائدة هى التى زادت عن عدد الاصابع أو كانت فى غير محل الاصابع ، وهذا له خمس أصابع فى محلها فكانت كلها أصلية

فإن قالوا معنى كونها زائدة أنها ضعيفة مائلة عن سمت الاصابع

قلنا : ضعفها لا يوجب كونها زائدة كذكر العنين ، وأما ميلها عن الاصابع فإنها ان لم تكن نابتة فى محل الاصبع المعدومة فسد قولهم انها فى محلها وان كانت نابتة فى موضعها ، وانما مال رأسها واعوجت فهذا مرض لا يخرجها عن كونها أصلية .

( فصل ) واذا قطع أصبعه فأصابه من جرحها أكلة فى يده وسقطت من مفصل ففيها القصاص ، وان بادرها صاحبها فقطعها من الكوع لئلا تسرى الى سائر جسده ثم اندمل جرحه فعلى الجانى القصاص فى الاصبع والحكومة فيما تأكل من الكف ، ولا شيء عليه فيما قطعه المجنى عليه لانه تلف بفعله ، وان لم يندمل ومات من ذلك فالجانى شريك نفسه فيحتمل وجوب القصاص عليه ويحتمل أن لا يجب بحال لان فعل المجنى انما قصد به المصلحة فهو عمد الخطأ وشريك الخاطىء لا قصاص عليه ويكون عليه نصف الدية

وان قطع المجنى عليه موضع الاكلة نظرت فإن قطع لحما ميتا ثم سرت الجناية فالقصاص على الجانى لانه سراية جرجه خاصة ، وان كان فى لحم حى فمات فالحكم فيه كما لو قطعها خوفا من سرايتها

( فصل ) واذا قطع أنملة لها طرفان احداهما زائدة والاخرى أصلية ، فإن كانت أنملة القاطع ذات طرفين أيضا أخذت بها ، وان لم تكن ذات طرفين قطعت وعليه حكومة فى الزائدة ، وان كانت المقطوعة ذات طرف واحد وأنملة القاطع ذات طرفين أخذت بها فى قول ابن حامد ، وعلى قول غيره لا قصاص فيها وله دية أنملته ، وان ذهب الطرف الزائد فله الاستيفاء ، وان قال أنا أصبر حتى يذهب الزائد ثم اقتص فله ذلك لان القصاص حقه فلا يجبر على تعجيل استيفائه

( فصل ) ولو قطع أنملة رجل العليا ثم قطع أنملة آخر الوسطى ثم قطع السفلى من ثالث فللأول القصاص من العليا ثم للثانى أن يقتص من الوسطى ثم للثالث أن يقتص من السفلى ، سواء جاءوا دفعة واحدة أو واحداً بعد واحد ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا قصاص الا فى العليا لانه لم يجب فى غيرها حال الجناية لتعذر استيفائه فلم يجب بعد ذلك ، كما لو كان غير مكافئ حال الجناية ثم صار مكافئا بعده

ولنا أن تعذر القصاص لاتصال محله بغيره لا يمنعه إذا زال الاتصال كما لو جنت الحامل ويفارق عدم التكافؤ ، لأنه تعذر لمعنى فيه وههنا تعذر لاتصال غيره به ، فأما إن جاء صاحب الوسطى أو السفلى يطلب القصاص قبل صاحب العليا لم يعطه لأن في استيفائه إتلاف أنملة لا يستحقها ، وقيل لهما إما أن تصبرا حتى تعلما ما يكون من الأول ، فإن اقتص فلكما القصاص ، وان عفا فلا قصاص لكما وإما أن ترضيا بالعقل فإذا جاء صاحب العليا فاقتص فللثاني الاقتصاص وحكم الثالث مع الثاني كحكم الثاني مع الأول ، وان عفا فلهما العقل .

فإن قالا نحن نصبر وننظر بالقصاص أن تسقط العليا بمرض أو نحوه ثم نقتص لم يمنعا من ذلك ، وان قطع صاحب الوسطى الوسطى والعليا فعليه دية العليا تدفع الى صاحب العليا وان قطع الأصبع كلها فعليه القصاص في الأنملة الثالثة وعليه أرش العليا للأول وأرش السفلى على الجاني لصاحبها ، وان عفا الجاني عن قصاصها وجب أرشها يدفعه اليه ليدفعه الى المجني عليه .

( فصـــل )

وان قطع أنملة رجل العليا ثم قطع أنملتي آخر العليا والوسطى من تلك الأصبع فللأول قطع العليا لان حقه أسبق ثم يقطع الثاني الوسطى ويأخذ أرش العليا منه فإن بادر الثاني فقطع الأنملتين فقد استوفى حقه وتعذر استيفاء القصاص للأول وله الارش على الجاني ، وان كان قطع الأنملتين أولا قدمنا صاحبهما في القصاص للأول وله الأرش على الجاني ، وان بادر صاحبهما فقطعها فقد استوفى حقه وتقطع الوسطى للأول ويأخذ الارش للعليا ، ولو قطع أنملة رجل العليا ولم يكن للقاطع عليا فاستوفى الجاني من الوسطى فإن عفا الى الدية تقاصا وتساقطا لأن ديتهما واحدة ، وان اختار الجاني القصاص فله ذلك ويدفع أرش العليا ويجيء على قول أبي بكر أن لا يجب القصاص لان ديتهما واحدة واسم الانملة يشملها فتساقطا كقوله في احدى اليدين بدلا عن الاخرى .

« مسألة » قال ( وإذا قتل وله وليان بالغ وطفل أو غائب لم يقتل حتى يقدم الغائب ويبلغ الطفل )

وجملته أن ورثة القتيل إذا كانوا أكثر من واحد لم يجز لبعضهم استيفاء القود إلا بإذن الباقين فإن كان بعضهم غائباً انتظر قدومه ولم يجز للحاضر الاستقلال بالاستيفاء بغير خلاف علمناه . وان كان بعضهم صغيراً أو مجنونا فظاهر مذهب أحمد رحمه الله أنه ليس لغيرهما الاستيفاء حتى يبلغ الصغير ويفيق المجنون وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والشافعي وأبو يوسف وإسحاق ويروى عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله .

وعن أحمد رواية أخرى : للكبار العقلاء استيفاؤه ، وبه قال حماد ومالك والاوزاعي والليث وأبو حنيفة لان الحسن بن علي رضي الله عنهما قتل ابن ملجم قصاصا وفي الورثة صغار فلم ينكر ذلك ؛ ولأن ولاية القصاص هي استحقاق استيفائه وليس للصغير هذه الولاية .

ولنا أنه قصاص غير متحتم ثبت لجماعة معينين فلم يجز لأحدهم استيفاؤه استقلالا كما لو كان بين حاضر وغائب أو أحد بدلي النفس فلم ينفرد به بعضهم كالدية ؛ والدليل على أن للصغير والمجنون فيه حقا أربعة أمور .

أحدها : أنه لو كان منفرداً لاستحقه ولو نافاه الصغر مع غيره لنافاه منفرداً كولاية النكاح .

والثاني : أنه لو بلغ لاستحق ولو لم يكن مستحقا عند الموت لم يكن مستحقا بعده كالرقيق إذا عتق بعد موت أبيه .

والثالث : أنه لو صار الامر الى المال لاستحق ولو لم يكن مستحقا للقصاص لما استحق بدله كالاجنبي .

والرابع : أنه لو مات الصغير لاستحقه ورثته ولو لم يكن حقا لم يرثه كسائر مالم يستحقه ، فأما ابن ملجم فقد قيل إنه قتله بكفره لأنه قتل عليا مستحلا لدمه معتقداً كفره متقربا بذلك الى الله تعالى ، وقيل قتله لسعيه في الأرض بالفساد واظهار السلاح فيكون كقاطع الطريق اذا قتل وقتله متحتم وهو الى الإمام والحسن هو الإمام ولذلك لم ينتظر الغائبين من الورثة ولاخلاف بيننا في وجوب انتظارهم وان قدر أنه قتله قصاصا فقد اتفقنا على خلافه فكيف يحتج به بعضنا على بعض .

( فصل ) وان كان الوارث واحداً صغيراً كصبي قتلت أمه وليست زوجة

لابيه فالقصاص له وليس لابيه ولا غيره استيفاؤه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك له استيفاؤه ، وكذلك الحكم في الوصي والحاكم في الطرف دون النفس ؛ وذكر أبو الخطاب في موضع في الاب روايتين ، وفي موضع وجهين . أحدهما : كقولنا لان القصاص أحد بدلي النفس فكان للأب استيفاؤه كالدية .

ولنا أنه لا يملك ايقاع الطلاق بزوجته فلا يملك استيفاء القصاص له كالوصي ولأن القصد التشفي ودرك الغيظ ولا يحصل ذلك باستيفاء الولي ويخالف الدية فإن الغرض يحصل باستيفاء الأب له فافترقا ولأن الدية انما يملك استيفاءها اذا تعينت والقصاص لا يتعين فإنه يجوز العفو الى الدية والصلح على مال أكثر منها وأقل ، والدية بخلاف ذلك .

## فصل

وكل موضع وجب تأخير الاستيفاء فإن القاتل يحبس حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون ويقدم الغائب وقد حبس معاوية هدبة بن خشرم في قصاص حتى بلغ ابن القتيل في عصر الصحابة فلم ينكر ذلك وبذل الحسن والحسين وسعيد بن العاص لابن القتيل سبع ديات فلم يقبلها .

فإن قيل : فلم لا يخلى سبيله كالمعسر بالدين ؟ قلنا : لان في تخليته تضييعا للحق فإنه لا يؤمن هربه والفرق بينه وبين المعسر من وجوه .

أحدها : أن قضاء الدين لا يجب مع الإعسار فلا يحبس بما لا يجب والقصاص ههنا واجب وانما تعذر المستوفى .

الثاني : أن المعسر اذا حبسناه تعذر الكسب لقضاء الدين فلا يفيد بل يضر من الجانبين وههنا الحق نفسه يفوت بالتخلية لا بالحبس .

الثالث : أنه قد استحق قتله ، وفيه تفويت نفسه ونفعه فإذا تعذر تفويت نفسه جاز تفويت نفعه لإمكانه ، فإن قيل فلم يحبس من أجل الغائب وليس للحاكم عليه ولاية اذا كان مكلفا رشيداً ولذلك لو وجد بعض ماله مغصوبا لم يملك انتزاعه ؟ قلنا : لان في القصاص حقا للميت وللحاكم عليه ولاية ولهذا تنفذ وصاياه من الدية وتقضى ديونه منها فنظيره أن يجد الحاكم من تركة الميت في يد انسان شيئا غصبا والوارث غائب فإنه يأخذه ولو كان القصاص لحي في طرفه لم يتعرض

لمن هو عليه فإن أقام القاتل كفيلا بنفسه ليخلى سبيله لم يجز لان الكفالة لا تصح في القصاص فان فائدتها استيفاء الحق من الكفيل ان تعذر احضار المكفول به ولا يمكن استيفاؤه من غير القاتل فلم تصح الكفالة به كالحد ولأن فيه تغريراً بحق المولى عليه فانه ربما خلى سبيله فهرب فضاع الحق .

## فصل

فإن قتله بعض الأولياء بغير اذن الباقين لم يجب عليه قصاص ، وبهذا قال أبو حنيفه وهو أحد قولى الشافعي والقول الاخير عليه القصاص لأنه ممنوع من قتله وبعضه غير مستحق له وقد يجب القصاص بإتلاف بعض النفس بدليل ما لو اشترك الجماعة في قتل واحد .

ولنا أنه مشارك في استحقاق القتل فلم يجب عليه القصاص كما لو كان مشاركا في ملك الجارية ووطئها ولانه محل يملك بعضه فلم تجب العقوبة المقدرة باستيفائه كالاصل ويفارق اذا قتل الجماعة واحداً فإنا لا نوجب القصاص بقتل بعض النفس وانما نجعل كل واحد منهم قاتلا لجميعها ، وان سلمنا وجوبه عليه لقتله بعض النفس فمن شرطه المشاركة لمن فعله كفعله في العمد والعدوان ولا يتحقق ههنا .

اذا ثبت هذا فإن للولى الذى لم يقتل قسطه من الدية لان حقه من القصاص سقط بغير اختياره فأشبه مالو مات القاتل أو عفا بعض الاولياء ، وهل يجب ذلك على قاتل الجانى أو في تركة الجانى ؟ فيه وجهان وللشافعي قولان .

أحدهما : يرجع على قاتل الجانى لأنه أتلف محل حقه فكان الرجوع عليه بعوض نصيبه كما لو كانت له وديعة فأتلفها .

والثانى : يرجع في تركة الجانى كما لو أتلفه أجنبي أو عفا شريكه عن القصاص وقولنا أتلف محل حقه يبطل بما اذا أتلف مستأجره أو غريمه أو امرأته أو كان المتلف أجنبيا ويفارق الوديعة فإنها مملوكة لها فوجب عوض ملكه أما الجانى فليس بمملوك للمجنى عليه وانما له عليه حق فأشبه ما لو قتل غريمه ، فعلى هذا يرجع ورثة الجانى على قاتله بدية موروثهم الا قدر حقه منها . فعلى هذا لو كان الجانى أقل دية من قاتله مثل امرأة قتلت رجلا له ابنان فقتلها أحدهما بغير إذن

الآخر فللآخر نصف دية أبيه فى تركة المرأة التى قتلته ويرجع ورثتها بنصف ديتها على قاتلها وهو ربع دية الرجل .

وعلى الوجه الاول يرجع الإبن الذى لم يقتل على أخيه بنصف دية المرأة لأنه لم يفوت على أخيه الا نصف المرأة ولا يمكن أن يرجع على ورثة المرأة بشيء لأن أخاه الذى قتلها أتلف جميع الحق ، وهذا يدل على ضعف هذا الوجه ، ومن فوائده أيضا صحة إبراء من حكمنا بالرجوع عليه وملك مطالبته ، فإن قلنا : يرجع على ورثة الجانى صح إبراؤهم وملكوا الرجوع على قاتل موروثهم بقسط أخيه العافى ، وان قلنا : يرجع على تركة الجانى وله تركة فله الاخذ منها سواء أمكن ورثته أن يستوفوا من الشريك أو لم يمكنهم ، وان قلنا يرجع على شريكه لم يكن له مطالبة ورثة الجانى سواء كان شريكه موسراً أو معسراً .

« مسألة » قال ( ومن عفا من ورثة المقتول عن القصاص لم يكن الى القصاص سبيل وان كان العافى زوجا أو زوجة )

أجمع أهل العلم على إجازة العفو عن القصاص وإنه أفضل والأصل فيه الكتاب والسنة ، أما الكتاب فقول الله تعالى فى سياق قوله ( كتب عليكم القصاص فى القتلى فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء اليه بإحسان ) وقال تعالى ( وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس — الى قوله — والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له ) قيل فى تفسيره فهو كفارة للجانى بعفو صاحب الحق عنه ، وقيل فهو كفارة للعافى بصدقته . وأما السنة فإن أنس بن مالك قال « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع اليه شيء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو » رواه أبو داود وفى حديثه فى قصة الربيع بنت النضر حين كسرت سن جارية فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص فعفا القوم .

إذا ثبت هذا : فالقصاص حق لجميع الورثة من ذوى الأنساب والأسباب والرجال والنساء والصغار والكبار فمن عفا منهم صح عفوه وسقط القصاص ولم يبق لأحد اليه سبيل ، هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والنخعى والحكم وحماد والثورى وأبو حنيفة والشافعى .

وروى معنى ذلك عن عمر وطاوس والشعبي ، وقال الحسن وقتادة والزهرى وابن شبرمه والليث والأوزاعى : ليس للنساء عفو ، والمشهور عن مالك أنه موروث للعصبات خاصة وهو وجه لأصحاب الشافعى لأنه ثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح ولهم وجه ثالث أنه لذوى الأنساب دون الزوجين لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين بين أن يقتلوا أو يأخذوا العقل » وأهله ذوو رحمه .

وذهب بعض أهل المدينة إلى أن القصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء ، وقيل هو رواية عن مالك لأن حق غير العافى لا يرضى بإسقاطه وقد تؤخذ النفس ببعض النفس بدليل قتل الجماعة بالواحد

ولنا : عموم قوله عليه السلام « فأهله بين خيرتين » وهذا عام فى جميع أهله والمرأة من أهله بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم « من يعذرنى من رجل يبلغنى أذاه فى أهلي وما علمت على أهلي إلا خيراً ، ولقد ذكروا رجلا ماعلمت عليه إلا خيراً وما كان يدخل على أهلي إلا معى » يريد عائشة وقال له أسامة يارسول الله أهلك ولا نعلم إلا خيراً

وروى زيد بن وهب « أن عمر أتى برجل قتل قتيلا فجاء ورثة المقتول ليقتلوه فقالت امرأة المقتول وهى أخت القاتل قد عفوت عن حقى ، فقال عمر الله أكبر عتق القتيل » رواه أبو داود ، وفى رواية عن زيد قال : دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلا فقتلها فاستعدى إخوتها عمر فقال بعض إخوتها قد تصدقت فقضى لسائرهم بالدية

وروى قتادة أن عمر رفع إليه رجل قتل رجلا فجاء أولاد المقتول وقد عفا بعضهم فقال عمر لابن مسعود ما تقول ؟ قال إنه قد أحرز من القتل فضرب على كتفه وقال كنيف ملىء علماً ، والدليل على أن القصاص لجميع الورثة ما ذكرناه فى مسألة القصاص بين الصغير والكبير ، ولأن من ورث الدية ورث القصاص كالعصبة فإذا عفا بعضهم صح عفوه كعفوه عن سائر حقوقه ، وزوال الزوجية لايمنع استحقاق القصاص كما لم يمنع استحقاق الدية وسائر حقوقه الموروثه ، ومتى

ثبت أنه حق مشترك بين جميعهم سقط بإسقاط من كان من أهل الاسقاط منهم لأن حقه منه له فينفذ تصرفه فيه ، فإذا سقط سقط جميعه لأنه مما لا يتبعض كالطلاق والعتاق ، ولأن القصاص حق مشترك بينهم لا يتبعض مبناه على الدرء والاسقاط فإذا أسقط بعضهم سرى إلى الباقى كالعتق والمرأة أحد المستحقين فسقط بإسقاطها كالرجل ، ومتى عفا أحدهم فللباقين حقهم من الدية سواء عفا مطلقا أو إلى الدية ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ولا أعلم لهما مخالفا ممن قال بسقوط القصاص ، وذلك لأن حقه من القصاص سقط بغير رضاه فثبت له البدل كما لو ورث القاتل بعض دمه أو مات ، ولما ذكرنا من خبر عمر رضى الله عنه .

( فصل ) فإن قتله الشريك الذى لم يعف عالما بعفو شريكه وسقوط القصاص به فعليه القصاص ، سواء حكم به الحاكم أو لم يحكم ، وبهذا قال أبو حنيفة وأبو ثور وهو الظاهر من مذهب الشافعى ، وقيل له قول آخر لا يجب القصاص لأن له فيه شبهة لوقوع الخلاف .

ولنا أنه قتل معصوما مكافئا له عمداً يعلم أنه لا حق له فيه فوجب عليه القصاص ، كما لو حكم بالعفو حاكم ، والاختلاف لا يسقط القصاص ، فإنه لو قتل مسلماً بكافر قتلناه به مع الاختلاف فى قتله . وأما إن قتله قبل العلم بالعفو فلا قصاص عليه ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعى فى أحد قوليه : عليه القصاص لأنه قتل عمد عدوان لمن لا حق له فى قتله .

ولنا أنه قتله معتقداً ثبوت حقه فيه ؛ مع أن الأصل بقاؤه فلم يلزمه قصاص كالوكيل اذا قتل بعد عفو الموكل قبل علمه بعفوه ، ولا فرق بين أن يكون الحاكم قد حكم بالعفو أو لم يحكم به لأن الشبهة موجودة مع انتفاء العلم معدومة عند وجوده وقال الشافعى : متى قتله بعد حكم الحاكم لزمه القصاص علم بالعفو أو لم يعلم ، وقد بينا الفرق بينهما ، ومتى حكمنا عليه بوجوب الدية إما لكونه معذوراً وإما للعفو عن القصاص فانه يسقط عنه منها ما قابل حقه على القاتل قصاصا ويجب عليه الباقى فان كان الولى عفا الى غير مال فالواجب لورثة القاتل ولا شىء عليهم ، وان كان عفا الى الدية فالواجب لورثة القاتل وعليهم نصيب العافى من الدية ، وقيل فيه إن

حق العافى من الدية على القاتل لا يصح لأن الحق لم يبق متعلقا بعينه ، وإنما الدية واجبه فى ذمته فلم تنتقل الى القاتل ؛ كما لو قتل غريمه .

( فصـل ) فان كان القاتل هو العافى فعليه القصاص ، سواء عفا مطلقا أو إلى مال ، وبهذا قال عكرمة والثورى ومالك والشافعى وابن المنذر ، وروى عن الحسن تؤخذ منه الدية ولا يقتل ، وقال عمر بن عبد العزيز : الحكم فيه الى السلطان

ولنا قوله تعالى ( فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم ) قال ابن عباس وعطاء والحسن وقتادة فى تفسيرها ، أى بعد أخذه الدية . وعن الحسن عن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا أعفى من قتل بعد أخذه الدية » ولأنه قتل معصوما مكافئا فوجب عليه القصاص كما لو لم يكن قتل .

( فصل ) وإذا عفا عن القاتل مطلقا صح ولم تلزمه عقوبة ، وبهذا قال الشافعى وإسحاق وابن المنذر وأبو ثور ، وقال مالك والليث والاوزاعى يضرب ويحبس سنة

ولنا أنه انما كان عليه حق واحد وقد أسقطه مستحقه فلم يجب عليه شيء آخر كما لو أسقط الدية عن القاتل خطأ .

( فصل ) واذا وكل من يستوفى القصاص صح توكيله ، نص عليه أحمد رحمه الله ، فان وكله ثم غاب وعفا عن القصاص واستوفى الوكيل ، نظرنا فان كان عفوه بعد القتل لم يصح لأن حقه قد استوفى ، وان كان قتله وقد علم الوكيل به فقد قتله ظلما فعليه القود كما لو قتله ابتداء ، وإن قتله قبل العلم بعفو الموكل فقال أبو بكر لا ضمان على الوكيل لانه لا تفريط منه ، فان العفو حصل على وجه لا يمكن الوكيل استدراكه فلم يلزمه ضمان ، كما لو عفا بعد ما رماه ؛ وهل يلزم الموكل الضمان؟ فيه قولان : أحدهما لا ضمان عليه لان عفوه غير صحيح لما ذكرنا من حصوله فى حال لا يمكنه استدراك الفعل فوقع القتل مستحقا له فلم يلزمه ضمان ولأن العفو إحسان فلا يقتضى وجوب الضمان . والثانى عليه الضمان لان قتل المعفو عنه حصل بأمره وتسليطه على وجه لا ذنب للمباشر فيه فكان الضمان على الآمر كما لو أمر عبده الاعجمى بقتل معصوم .

وقال غير أبى بكر : فى صحة العفو وجهان بناء على الروايتين فى الوكيل هل ينعزل بعزل الموكل أو لا ؟ وللشافعى قولان كالوجهين ، فان قلنا لا يصح العفو

فلا ضمان على أحد لأنه قتل من يجب قتله بأمر يستحقه ، وإن قلنا يصح العفو فلا قصاص فيه لأن الوكيل قتل من يعتقد إباحة قتله بسبب هو معذور فيه فأشبه ما لو قتل فى دار الحرب من يعتقده حربيا : وتجب الدية على الوكيل لأنه لو علم لوجب عليه القصاص فإذا لم يعلم تعلق به الضمان ، كما لو قتل مرتداً قد أسلم قبل علمه باسلامه ويرجع بها على الموكل لأنه غره بتسليطه على القتل بتفريطه فى ترك إعلامه بالعفو فيرجع عليه كالغار فى النكاح بحرية أمة أو تزوج معيبة . ويحتمل أن لا يرجع عليه لأن العفو إحسان منه فلا يقتضى الرجوع عليه ، فعلى هذا تكون الدية على عاقلة الوكيل ، وهذا اختيار أبى الخطاب لأن هذا جرى مجرى الخطأ فأشبه ما لو قتل فى دار الحرب مسلما يعتقده حربيا .

وقال القاضى: هو فى مال الوكيل لأنه عن عمد محض وهذا لا يصح لأنه لو كان عمداً محضا لأوجب القصاص ، ولأنه يشترط فى العمد المحض أن يكون عالما بحال المحل وكونه معصوما ولم يوجد هذا ، وان قال هو عمد الخطأ فعمد الخطأ تحمله العاقلة . ذكره الخرقى ودل عليه خبر المرأة التى قتلت جاريتها وجنينها بسطح ، فقضى النبى ( ص ) بالدية على عاقلتها ، واختلف أصحاب الشافعى على هذين الوجهين فعلى قول القاضى . إن كان الموكل عفا الى الدية فله الدية فى تركة الجانى ولورثة الجانى مطالبة الوكيل بديته وليس للموكل مطالبة الوكيل بشىء ، فان قيل فقد قلتم فيما اذا كان القصاص لأخوين فقتله أحدهما فعليه نصف الدية ولأخيه مطالبته به فى وجه ، قلنا ثم أتلف حقه فرجع ببدله عليه وههنا أتلفه بعد سقوط حق الموكل عنه فافترقا .

وان قلنا ان الوكيل يرجع على الموكل احتمل أن تسقط الديتان لانه لا فائدة فى أن يأخذها الورثة من الوكيل ثم يدفعوها الى الموكل : ثم يردها الموكل الى الوكيل ، فيكون تكليفا لكل واحد منهم بغير فائدة : ويحتمل أن يجب ذلك لان الدية الواجبة فى ذمة الوكيل لغير من للوكيل الرجوع عليه ، وانما تتساقط الديتان اذا كان لكل واحد من الغريمين على صاحبه مثل ما له عليه ولأنه قد تكون الديتان مختلفتين بأن يكون أحد المقتولين رجلا والآخر امرأة فعلى هذا يأخذ ورثة الجانى ديته من الوكيل ويدفعون الى الموكل ديه وليه ثم يرد

الموكل إلى الوكيل قدر ماغرمه ، وإن أحال ورثة الجانى الموكل على الوكيل بدية وليهم صح ، فإن كان الجانى أقل دية مثل أن تكون امرأة قتلت رجلا فقتلها الوكيل فلورثتها إحالة الموكل بديتها لأنه القدر الواجب لهم على الوكيل فيسقط عن الوكيل والموكل جميعاً ويرجع الموكل على ورثتها بنصف دية وليه، وإن كان الجانى رجلا قتل امرأة فقتله الوكيل فلورثة الجانى احالة الموكل بدية المرأة لان الموكل لايستحق عليهم أكثر من ديتها ويطالبون الوكيل بنصف دية الجانى ثم يرجع به على الموكل

( فصل ) وإذا جنى على الانسان فيما دون النفس جناية توجب القصاص فعفا عن القصاص ثم سرت الجنايه الى نفسه فمات لم يجب القصاص .وبهذا قال أبو حنيفه والشافعى ، وحكى عن مالك أن القصاص واجب لأن الجنايه صارت نفسا ولم يعف عنها

ولنا . أنه يتعذر استيفاء القصاص فى النفس دون ما عفا عنه فسقط فى النفس كما لو عفا بعض الأولياء ، ولأن الجنايه إذا لم يكن فيها قصاص مع إمكانه لم يجب فى سرايتها كما لو قطع يد مرتد ثم أسلم ثم مات منها نظرنا فإن كان عفا على مال فله الدية كاملة ، وإن عفا على غير مال وجبت الديه إلا أرش الجراح الذى عفا عنه ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفه تجب الديه كامله لأن الجنايه صارت نفسا وحقه فى النفس لا فيما عفا عنه ، وانما سقط القصاص للشبهه ، وان قال عفوت عن الجناية لم يجب شىء لأن الجنايه لا تختص بالقطع . وقال القاضى فيما اذا عفا عن القطع : ظاهر كلام أحمد أنه لا يجب شىء وبه قال أبو يوسف ومحمد لأنه قطع غير مضمون فكذلك سرايته

ولنا أنها سراية جناية أوجبت الضمان فكانت مضمونة كما لو لم يعف وانما سقطت ديتها بعفوه عنها فيختص السقوط بما عفا عنه دون غيره والمعفو عنه نصف الديه لأن الجنايه أوجبت نصف الديه فإذا عفا سقط ما وجب دون ما لم يجب فإذا صارت نفسا وجب بالسرايه نصف الديه ولم يسقط أرش الجرح فيما اذا لم يعف وانما تكملت الديه بالسرايه

( فصل ) فان كان الجرح لا قصاص فيه كالجائفه ونحوها فعفا عن القصاص فيه

ثم سرى إلى النفس فلوليه القصاص ، لأن القصاص لم يجب فى الجرح فلم يصح العفو عنه ، وإنما وجب القصاص بعد عفوه وله العفو عن القصاص وله كمال الدية وان عفا عن دية الجرح صح وله بعد السراية دية النفس إلا أرش الجرح ، ولا يمتنع وجوب القصاص فى النفس مع أنه لا يجب كمال الدية بالعفو عنه ، كما لو قطع يداً فاندملت واقتص منها ثم انتقضت وسرت الى النفس فله القصاص فى النفس وليس له العفو إلا على نصف الدية ، وان قطع يده من نصف الساعد فعفا عن القصاص ، ثم سرى فعلى قول أبى بكر لا يسقط القصاص فى النفس ، لأن القصاص لم يجب فهو كالجائفة ، ومن جوز له القصاص من الكوع أسقط القصاص فى النفس ، كما لو كان القطع من الكوع .

وقال المزنى : لا يصح العفو عن دية الجرح قبل اندماله فلو قطع يدا فعفا عن ديتها وقصاصها ، ثم اندملت لم تسقط ديتها ، وسقط قصاصها لأن القصاص قد وجب فيها ، فصح العفو عنه بخلاف الدية وليس بصحيح ، لأن دية الجرح إنما وجبت بالجناية إذ هى السبب ، ولهذا لو جنى على طرف عبد ثم باعه قبل موته كان أرش الطرف لبائعه لا لمشتريه ، وتأخير المطالبة به لا يلزم منه عدم الوجوب وامتناع صحة العفو كالدين المؤجل لا تملك المطالبة به ، ويصح العفو عنه كذا ههنا

( فصـــل )

وان قطع يده فعفا عنه ، ثم عاد الجانى فقتله فلوليه القصاص ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى ، قال بعضهم : لا قصاص . لأن العفو حصل عن بعضه ، فلا يقتل به ، كما لو سرى القطع الى نفسه .

ولنا أن القتل انفرد عن القطع ، فعفوه عن القطع لا يمنع ما يلزم بالقتل كما لو كان القاطع غيره ، وان اختار الدية فقال القاضى : ان كان العفو عن الطرف الى غير دية فله بالقتل نصف الدية ، وهو ظاهر مذهب الشافعى ، لأن القتل إذا تعقب الجناية قبل الاندمال كان كالسراية ، ولذلك لو لم يعف لم يجب أكثر من دية ، والقطع يدخل فى القتل فى الدية دون القصاص ، ولذلك لو أراد القصاص كان له أن يقطع ثم يقتل ، ولو صار الأمر الى الدية لم يجب الا دية واحدة .

وقال أبو الخطاب: له العفو الى دية كاملة ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، لأن القطع منفرد عن القتل ، فلم يدخل حكم أحدهما فى الآخر ، كما لو اندمل ، ولأن القتل موجب للقتل فأوجب الدية كاملة كما لو لم يتقدمه عفو وفارق السراية فإنها لم توجب قتلا ، ولأن السراية عفي عن سببها والقتل لم يعف عن شيء منه ، ولا عن سببه ، وسواء فيما ذكرنا كان العافى عن الجرح أخذ دية طرفه أو لم يأخذها

﴿ فصــــل ﴾

وان قطع أصبعا فعفا المجني عليه عن القصاص ، ثم سرت الجناية الى الكف ثم اندمل الجرح لم يجب القصاص لما ذكرنا فى النفس ، ولأن القصاص سقط فى الأصبع بالعفو فصارت اليد ناقصة لا تؤخذ بها الكاملة ، ثم ان كان العفو إلى الدية وجبت الدية كلها ، وان كان على غير مال خرج فيه من الخلاف ماذكرنا فيما إذا قطع يدا فعفا المجني عليه ، ثم سرى الى نفسه ، فعلى هذا تجب ههنا دية الكف لا دية الأصبع ، ذكره أبو الخطاب ، وهو مذهب الشافعي ، وقال القاضي : ظاهر كلام أحمد أن لا يجب شيء : وهو قول أبي يوسف ومحمد ، لان العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها ، وقد قال القاضي : ان القياس فيما إذا قطع اليد ، ثم سرى الى النفس أن يجب نصف الدية فيلزمه أن يقول مثل ذلك ههنا .

(فصل) فإن قال : عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح عفوه ولم يكن له فى سرايتها قصاص ولا دية فى ظاهر كلام أحمد ، وسواء عفا بلفظ العفو أو الوصية وممن قال بصحة عفو المجروح عن دمه . مالك وطاوس والحسن وقتادة والأوزاعي وقال أصحاب الشافعي : إذا قال : عفوت عن الجناية . وما يحدث منها ففيه قولان أحدهما : أنه وصية فيبنى على الوصية للقاتل ، وفيها قولان .

أحدهما : لا يصح . فتجب دية النفس الا دية الجرح .

والثاني : يصح . فإن خرجت من الثلث سقط وإلا سقط منها ما خرج من الثلث ، ووجب الباقي ، والقول الثاني : ليس بوصية لأنه اسقاط فى الحياة فلا يصح وتلزمه دية النفس الا دية الجرح .

ولنا أنه أسقط حقه بعد انعقاد سببه فسقط كما لو أسقط الشفعة بعد البيع ، اذا ثبت هذا : فلا فرق بين أن يخرج من الثلث أو لم يخرج ، لأن موجب العمد

القود فى إحدى الروايتين ، أو أحد شيئين فى الرواية الاخرى فما تعينت الدية ولا تعينت الوصية بمال : ولذلك صح العفو من المفلس الى غير مال ، وأما جناية الخطأ فإذا عفا عنها وعما يحدث منها اعتبر خروجها من الثلث ، سواء عفا بلفظ العفو أو الوصية أو الابراء أو غيرها ، فان خرجت من الثلث صح عفوه فى الجميع وان لم تخرج من الثلث سقط عنه من ديتها ما احتمله الثلث ، وبهذا قال مالك والثورى وأصحاب الرأى ونحوه قال عمر بن عبد العزيز والأوزاعى وإسحاق : لأن الوصية ههنا بمال .

( فصل ) فإن اختلف الجانى والولى أو المجنى عليه ، فقال الجانى . عفوت مطلقا ، وقال المجنى عليه : بل عفوت الى مال ، أو قال : عفوت عن الجناية وما يحدث منها ، قال : بل عفوت عنها دون ما يحدث منها ، فالقول قول المجنى عليه أو وليه إن كان الخلاف معه ، لأن الأصل عدم العفو عن الجميع ، وقد ثبت العفو عن البعض بإقراره فيكون القول فى عدم سقوطه قوله .

« مسألة » قال ( وإذا اشترك الجماعة فى القتل فأحب الاولياء أن يقتلوا الجميع فلهم ذلك ، وان أحبوا أن يقتلوا البعض ويعفوا عن البعض ، ويأخذوا الدية من الباقين فلهم ذلك )

أما قتلهم للجميع فقد ذكرناه فيما مضى ، وأما ان أحبوا قتل البعض فلهم ذلك لأن كل من لهم قتله فلهم العفو عنه كالمنفرد ، ولا يسقط القصاص عن البعض بعفو البعض لانهما شخصان فلا يسقط القصاص عن أحدهما بإسقاطه عن الآخر كما لو قتل كل واحد رجلا ، وأما إذا اختاروا أخذ الدية من القاتل أو من بعض القتلة ، فان لهم هذا من غير رضا الجانى ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وابن سيرين والشافعى وعطاء ومجاهد وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر .

وقال النخعى ومالك وأبو حنيفة : ليس للأولياء إلا القتل ، الا أن يصطلحا على الدية برضا الجانى . وعن مالك رواية أخرى كقولنا ، واحتجوا بقوله تعالى ( كتب عليكم القصاص ) والمكتوب لا يتخير فيه ، ولأنه متلف يجب به البدل فكان بدله معينا كسائر أبدال المتلفات .

ولنا قول الله تعالى ( فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان ) قال ابن عباس : كان فى بنى إسرائيل القصاص ، ولم يكن فيهم الدية فأنزل الله تعالى هذه الآية ( كتب عليكم القصاص فى القتلى ) الآية - ( فمن عفى له من أخيه شيء ) فالعفو أن تقبل فى العمد الدية ( فاتباع بالمعروف ) يتبع الطالب بالمعروف ويؤدى اليه المطلوب ( باحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ) مما كتب على من قبلكم ، رواه البخارى .

وروى أبو هريرة قال ، قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودى واما يقاد ، متفق عليه .

وروى أبو شريح : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ، ثم أنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل ، وأنا والله عاقله : فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين : ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية ، رواه أبو داود وغيره ولأن القتل المضمون اذا سقط فيه القصاص من غير ابراء ثبت المال ، كما لو عفا بعض الورثة ، ويخالف سائر المتلفات لأن بدلها يجب من جنسها ، وههنا يجب فى الخطأ وعمد الخطأ من غير الجنس ، فاذا رضى فى العمد ببدل الخطأ كان له ذلك ، لأنه أسقط بعض حقه ولأن القاتل أمكنه احياء نفسه ببذل الدية فلزمه وينتقض ما ذكروه بما اذا كان رأس الشاج أصغر ، أو يد القاطع أنقص فانهم سلموا فيهما .

## ﴿ فصل ﴾

واختلفت الرواية فى موجب العمد فروى عن أحمد رحمه الله أن موجبه القصاص عينا لقوله عليه السلام ، من قتل عمداً فهو قود ، ولما ذكروه فى دليلهم وروى أن موجبه أحد شيئين القصاص أو الدية لما ذكرناه قبل هذا ولأن الدية أحد بدلى النفس فكانت بدلا عنها لا عن بدلها كالقصاص ، وأما الخبر فالمراد به وجوب القود ، ونحن نقول به ، ويخالف القتل سائر المتلفات ، لان بدلها لا يختلف بالقصد وعدمه والقتل بخلافه ، وللشافعى قولان كالروايتين ، فاذا قلنا : موجبه القصاص عينا فله العفو الى الدية والعفو مطلقا فاذا عفا مطلقا لم يجب شيء ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى .

وقال بعضهم : تجب الدية لئلا يطل الدم وليس بشيء لأنه لو عفا عن الدية بعد وجوبها صح عفوه ، وان عفا عن القصاص بغير مال لم يجب شيء ، فأما ان عفا عن الدية لم يصح عفوه ، لأنها لم تجب ، وإن قلنا : الواجب أحد شيئين لا بعينه فعفا عن القصاص مطلقا أو الى الدية وجبت الدية لأن الواجب غير معين ، فاذا ترك أحدهما وجب الآخر ، وان اختار الدية سقط القصاص ، وإن اختار القصاص تعين وهل له بعد ذلك العفو على الدية .

قال القاضي : له ذلك ، لأن القصاص أعلى فكان له الانتقال الى الأدنى ، ويكون بدلا عن القصاص ، وليست التي وجبت بالقتل كما قلنا في الرواية الأولى أن الواجب القصاص عينا ، وله العفو إلى الديه ، ويحتمل أنه ليس له ذلك لانه أسقطها باختياره القود فلم يعد اليها .

( فصل )

وإذا جنى عبد على حر جناية موجبة للقصاص فاشتراه المجني عليه بأرش الجناية سقط القصاص لان عدوله الى الشراء اختيار للمال ولا يصح الشراء لانهما ان لم يعرفا قدر الأرش فالثمن مجهول ، وان عرفا عدد الإبل وأسنانها فصفتها مجهولة والجهل بالصفه كالجهل بالذات في فساد البيع ، ولذلك لو باعه شيئا بحمل جذع غير معروف الصفة لم يصح ، وان قدر الارش بذهب أو فضة وباعه به صح .

( فصل ) إذا وجب القصاص لصغير لم يجز لوليه العفو إلى غير مال لانه لا يملك اسقاط حقه ، وان أحب العفو إلى مال وللصبي كفاية من غيره لم يجز لأن فيه تفويت حقه من غير حاجة فان كان فقيراً محتاجا ففيه وجهان :

أحدهما : له ذلك لحاجته الى المال لحفظه قال القاضي هذا أصح . والثاني . لا يجوز لانه لا يملك إسقاط قصاصه وأما حاجته فان نفقته في بيت المال والصحيح الاول فان وجوب النفقة في بيت المال لا يغنيه إذا لم يحصل ، وأما ان كان مستحق القصاص مجنونا فقيراً فلوليه العفو على المال لانه ليست له حالة معتادة ينتظر فيها رجوع عقله .

( فصل ) ويصح عفو المفلس والمحجور عليه لسفه عن القصاص لأنه ليس بمال ، وان أراد المفلس القصاص لم يكن لغرمائه إجباره على تركه ، وان أحب

العفو عنه الى مال فله ذلك لان فيه حظا للغرماء : وان أراد العفو على مال انبنى على الروايتين ، ان قلنا الواجب القصاص فله ذلك لانه لم يثبت له مال يتعلق به حق الغرماء ، وان قلنا الواجب أحد شيئين لم يملك لان المال يجب بقوله عفوت عن القصاص فقوله على غير مال إسقاط له بعد وجوبه وتعيينه ولا يملك ذلك وهكذا الحكم فى السفيه ووارث المفلس ، وان عفا المريض على غير مال فذكر القاضى فى موضع أنه يصح سواء خرج من الثلث أو لم يخرج ، وذكر أن أحمد نص على هذا ، وقال فى موضع يعتبر خروجه من ثلثه ولعله ينبنى على الروايتين فى موجب العمد على ما مضى .

( فصل ) واذا قتل من لا وارث له فالامر الى السلطان فان أحب القصاص فله ذلك وان أحب العفو على مال فله ذلك . وان أحب العفو الى غير مال لم يملكه لان ذلك للمسلمين ولا حظ لهم فى هذا وهذا قول أصحاب الرأى الا أنهم لا يرون العفو على مال الا برضا الجانى .

( فصل ) واذا اشترك الجماعة فى القتل فعفى عنهم الى الدية فعليهم دية واحدة وان عفا عن بعضهم فعلى المعفو عنه قسطه من الدية : لان الدية بدل المحل وهو واحد فتكون ديته واحدة سواء أتلفه واحد أو جماعة . وقال ابن أبى موسى فيه رواية أخرى أن على كل واحد دية كاملة لان له قتل كل واحد منهم فكان على كل واحد منهم دية نفس كاملة ، كما لو قلع الاعور عين صحيح فانه تجب عليه دية عينه وهو دية كاملة . والصحيح الأول لأن الواجب بدل المتلف فلا يختلف المتلف ولذلك لو قتل عبد قيمته ألفان حراً لم يملك العفو على أكثر من الديه . وأما القصاص فانه عقوبة على الفعل فيتعدد بتعدده

« مسألة » قال ( وان قتل من للأولياء ان يقيدوا به فبذل القاتل أكثر من الديه على ان لا يقاد فللأولياء قبول ذلك )

وجملته أن من له القصاص له أن يصالح عنه بأكثر من الديه وبقدرها وأقل منها لا أعلم فيه خلافا لماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم « من قتل عمداً دفع إلى أولياء المقتول ، فإن شاءوا قتلوا وإن شاءوا أخذوا الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ، وما صولحوا عليه فهو لهم وذلك لتشديد القتل » رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب ، وروينا « أن هدبة بن خشرم قتل قتيلا فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فأبى ذلك وقتله » ولأنه عوض عن غير مال فجاز الصلح عنه بما اتفقوا عليه كالصداق وعوض الخلع ولأنه صلح عما لا يجري فيه الربا فأشبه الصلح عن العروض .

« مسألة » قال ( وإذا أمسك رجلا وقتله آخر قتل القاتل وحبس الماسك حتى يموت )

يقال أمسك ومسك ومسّك ، وقد جمع الخرقي بين اللغتين فقال: إذا أمسك وحبس الماسك ، وهو اسم الفاعل من مسك مخففا ، ولا خلاف في أن القاتل يقتل ، لأنه قتل من يكافئه عمدا بغير حق . وأما الممسك فإن لم يعلم أن القاتل يقتله فلا شيء عليه لأنه متسبب والقاتل مباشر فسقط حكم المتسبب به وإن أمسكه له ليقتله مثل أن ضبطه له حتى ذبحه له ، فاختلفت الرواية فيه عن أحمد ، فروى عنه أنه يحبس حتى يموت . وهذا قول عطاء وربيعة ، وروى ذلك عن علي ، وروى عن أحمد أنه يقتل أيضا ، وهو قول مالك . قال سليمان بن أبي موسى : الاجتماع فينا أن يقتل لأنه لو لم يمسكه ما قدر على قتله وبإمساكه تمكن من قتله فالقتل حاصل بفعلهما فيكونان شريكين فيه فيجب عليهما القصاص ، كما لو جرحاه وقال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر : يعاقب ويأثم ولا يقتل ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إن أعتى الناس على الله من قتل غير قاتله » والممسك غير قاتل ، ولأن الامساك سبب غير ملجيء فإذا اجتمعت معه المباشرة كان الضمان على المباشر ، كما لو لم يعلم الممسك أنه يقتله .

ولنا ما روى الدارقطني بإسناده عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل ويحبس الذي أمسك » ولأنه حبسه الى الموت فيحبس الآخر الى الموت ، كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فإننا نفعل به ذلك حتى يموت .

( فصل ) وان اتبع رجلا ليقتله فهرب منه فأدركه آخر فقطع رجله ثم أدركه الثانى فقتله نظرت فإن كان قصد الاول حبسه بالقطع ليقتله الثانى فعليه القصاص فى القطع وحكمه فى القصاص فى النفس حكم الممسك لانه حبسه على القتل ، وان لم يقصد حبسه فعليه القطع دون القتل كالذى أمسكه غير عالم ، وفيه وجه آخر ليس عليه الا القطع بكل حال والاول أصح لانه الحابس له بفعله فأشبه الحابس بإمساكه

فإن قيل لم اعتبرتم قصد الامساك ههنا وأنتم لا تعتبرون إرادة القتل فى الخارج؟

قلنا : اذا مات من الجرح فقد مات من سرايته وأثره ، فنعتبر قصد الجرح الذى هو السبب دون قصد الأثر ، وفى مسألتنا إنما كان موته بأمر غير السراية والفعل ممكن له عليه فاعتبر قصده لذلك الفعل كما لو أمسكه .

« مسألة » قال ( ومن أمر عبده أن يقتل رجلا وكان العبد أعجميا لا يعلم أن القتل محرم قتل السيد ، وان كان يعلم خطر القتل قتل العبد وأدب السيد )

إنما ذكر الخرقى كونه أعجميا وهو الذى لا يفصح ليتحقق منه الجهل ، وإنما يكون الجهل فى حق من نشأ فى غير بلاد الاسلام . فأما من أقام فى بلاد الاسلام بين أهله فلا يخفى عليه تحريم القتل ولا يعذر فى فعله ، ومتى كان العبد يعلم تحريم القتل فالقصاص عليه ويؤدب سيده لأمره بما أفضى الى القتل بما يراه الامام من الحبس والتعزير ، وان كان غير عالم بخطره فالقصاص على سيده ويؤدب العبد ، قال أحمد يضرب ويؤدب ، ونقل عنه أبو طالب قال : يقتل الولى ويحبس العبد حتى يموت ، لان العبد سوط المولى وسيفه ، كذا قال على وأبو هريرة ، وقال على رضى الله عنه يستودع السجن ، وممن قال بهذه الجملة الشافعى ، وممن قال ان السيد يقتل على وأبو هريرة . وقال قتادة : يقتلان جميعاً ، وقال سليمان بن موسى لا يقتل الآمر ولكن يديه ، ويعاقب ويحبس لأنه لم يباشر القتل ولا ألجأ اليه فلم يجب عليه قصاص كما لو علم العبد خطر القتل .

ولنا أن العبد اذا كان غير عالم بخطر القتل فهو معتقد إباحته ، وذلك شبهة تمنع القصاص كما لو اعتقده صيدا فرماه فبان انسانا ، ولان حكمة القصاص الردع والزجر ولا يحصل ذلك فى معتقد الاباحة ، واذا لم يجب عليه وجب على السيد لأنه

آلة له لا يمكن إيجاب القصاص عليه فوجب على المتسبب به كما لو أنهشه حية أو كلباً أو ألقاه فى زبية أسد فأكله ، ويفارق هذا ما إذا علم خطر القتل فإن القصاص على العبد لإمكان إيجابه عليه وهو مباشر له فانقطع حكم الآمر كالدافع مع الحافر ويكون على السيد الأدب لتعديه بالتسبب إلى القتل .

( فصل ) ولو أمر صبيا لا يميز أو مجنونا أو أعجميا لا يعلم خطر القتل فقتل فالحكم فيه كالحكم فى العبد بقتل الآمر دون المباشر : ولو أمره بزنا أو سرقة لم يجب الحد على الآمر لأن الحد لا يجب الا على المباشر والقصاص يجب بالتسبب ولذلك وجب على المكره والشهود فى القصاص .

( فصل ) ولو أمر السلطان رجلا فقتل آخر فإن كان القاتل يعلم أنه لا يستحق قتله فالقصاص عليه دون الآمر لأنه غير معذور فى فعله ، فإن النبي ( ص ) قال « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » وعنه عليه السلام أنه قال « من أمركم من الولاة بغير طاعة الله تعالى فلا تطيعوه » ولزمه القصاص كما لو أمره غير السلطان فإن لم يعلم ذلك فالقصاص على الآمر دون المأمور لأن المأمور معذور لوجوب طاعة الامام فيما ليس بمعصية ، والظاهر أنه لا يأمر الا بالحق . وان أمره غير السلطان من الرعية بالقتل فقتل فالقود على المأمور بكل حال ، علم أو لم يعلم لأنه لا يلزمه طاعته . وليس له القتل بحال ، بخلاف السلطان فإن اليه القتل للردة والزنا وقطع الطريق إذا قتل القاطع ، ويستوفى القصاص للناس ، وهذا ليس اليه شيء من ذلك ، وإن أكرهه السلطان على قتل أحد أو جلده بغير حق فمات فالقصاص عليهما وان وجبت الدية كانت عليهما ، فإن كان الامام يعتقد جواز القتل دون المأمور كمسلم قتل ذمياً أو حر قتل عبداً فقتله ، فقال القاضى الضمان عليه دون الامام لأن الامام أمره بما أدى اجتهاده اليه والمأمور لا يعتقد جوازه فلم يكن له أن يقبل أمره ، فاذا قتله لزمه الضمان لانه قتل من لا يحل له قتله ، وينبغى أن يفرق بين العامى والمجتهد . فان كان مجتهداً فالحكم فيه على ما ذكر القاضى ، وان كان مقلدا فلا ضمان عليه لأن له تقليد الامام فيما رآه وان كان الامام يعتقد تحريمه والقاتل يعتقد حله فالضمان على الآمر . كما لو أمر السيد الذى لا يعتقد تحريم القتل به والله أعلم

# كتاب الديات

الأصل فى وجوب الدية الكتاب والسنه والاجماع:

أما الكتاب فقول الله تعالى { ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبه مؤمنة ودية مسلمه إلى أهله إلا أن يصدقوا } الآيه .

وأما السنه فروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو بن حزم كتاباً إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات . وقال فيه « وان فى النفس مائة من الإبل » رواه النسائى فى سننه ومالك فى موطئه، قال ابن عبد البر : وهو كتاب مشهور عند أهل السير ومعروف عند أهل العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الاسناد، لانه أشبه المتواتر فى مجيئه فى أحاديث كثيرة تأتى فى مواضعها من الباب إن شاء الله ، وأجمع أهل العلم على وجوب الديه فى الجمله

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ( ودية الحر المسلم مائة من الابل )

أجمع أهل العلم على أن الابل أصل فى الديه وأن دية الحر المسلم مائه من الابل وقد دلت عليه الأحاديث الواردة ، منها حديث عمرو بن حزم وحديث عبد الله ابن عمر فى دية خطأ العمد وحديث ابن مسعود فى دية الخطأ وسنذكرها إن شاء الله . وظاهر كلام الخرقى أن الأصل فى الديه الابل لاغير، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله، ذكر ذلك أبو الخطاب وهو قول طاوس والشافعى وابن المنذر وقال القاضى : لا يختلف المذهب أن أصول الديه الابل والذهب والورق والبقر والغنم. فهذه خمسة لايختلف المذهب فيها، وهذا قول عمر وعطاء وطاوس وفقهاء المدينه السبعه وبه قال الثورى وابن أبى ليلى وأبو يوسف ومحمد لأن عمرو بن حزم روى فى كتابه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن « وأن فى النفس المؤمنه مائة من الابل وعلى أهل الورق ألف دينار » رواه النسائى

وروى ابن عباس « أن رجلا من بنى عدى قتل فجعل النبى صلى الله عليه وسلم

ديته اثني عشر ألفا ، رواه أبو داود وابن ماجه ، وروى الشعبي أن عمر جعل على أهل الذهب ألف دينار

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قام خطيباً فقال ، ألا إن الابل قد غلت فقوم على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثني عشر ألفا ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الشاء ألفي شاة ، وعلى أهل الحلل مائتي حلة ، رواه أبو داود

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ، ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الابل ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين دية العمد والخطأ فغلظ بعضها وخفف بعضها ولا يتحقق هذا في غير الابل ، ولأنه بدل متلف حقاً لآدمي فكان متعيناً كعوض الأموال ، وحديث ابن عباس يحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب الورق بدلا عن الابل ، والخلاف في كونها أصلا وحديث عمرو ابن شعيب يدل على أن الاصل الابل ، فإن إيجابه لهذه المذكورات على سبيل التقويم لغلاء الابل ، ولو كانت أصولا بنفسها لم يكن إيجابها تقويما للإبل ولا كان لغلاء الإبل أثر في ذلك ولا لذكره معنى

وقد روي أنه كان يقوم الابل قبل أن تغلو بثمانية آلاف درهم ، ولذلك قيل إن دية الذمي أربعة آلاف درهم وديته نصف الدية فكان ذلك أربعة آلاف حين كانت الدية ثمانية آلاف درهم

( فصل ) فإذا قلنا هي خمسة أصول فان قدرها من الذهب ألف مثقال ومن الورق اثنا عشر ألف درهم ، ومن البقر والحلل مائتان ، ومن الشاء ألفان ولم يختلف القائلون بهذه الأصول في قدرها من الذهب ولا من سائرها إلا الورق فان الثوري وأباحنيفة وصاحبيه قالوا قدرها عشرة آلاف من الورق ، وحكي ذلك عن ابن شبرمة لما روى الشعبي أن عمر جعل على أهل الورق عشرة آلاف ، ولان الدينار معدول في الشرع بعشرة دراهم بدليل أن نصاب الذهب عشرون مثقالا ونصاب الفضة مائتان وبما ذكرناه قال الحسن وعروة ومالك والشافعي في قول ، وروى ذلك عن عمر وعلي وابن عباس لما ذكرنا من حديث ابن عباس وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عمر ولأن الدينار معدول باثني عشر درهما ، بدليل أن عمر فرض

الجزية على الغني أربعة دنانير أو ثمانية وأربعين درهما ، وعلى المتوسط دينارين أو أربعة وعشرين درهما وعلى الفقير ديناراً أو اثنا عشر درهماً وهـذا أولى مما ذكروه في نصاب الزكاة ولانه لايلزم أن يكون نصاب أحدهما معدولا بنصاب الآخر كما أن السائمة من بهيمة الانعام ليس نصاب شيء منها معدولا بنصاب غيره .

قال ابن عبد البر : ليس مع من جعل الدية عشرة آلاف عن النبي صلى الله عليه وسلم حديث مسند ولا مرسل، وحديث الشعبي عن عمر يخالفه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه .

( فصل ) وعلى هذا أي شيء أحضره من عليه الدية من القاتل أو العاقلة من هذه الاصول لزم الولي أخذه ولم يكن له المطالبة بغيره سواء كان من أهل ذلك النوع أو لم يكن لانها أصول في قضاء الواجب يجزيء واحد منها فكانت الخيرة الى من وجبت عليه كخصال الكفارة وكشاتي الجبران في الزكاة مع الدراهم .

وان قلنا الاصل الإبل خاصة فعليه تسليمها اليه سليمة من العيوب وأيهما أراد العدول عنها الى غيرها فللآخر منعه لان الحق متعين فيها فاستحقت كالمثل في المثليات المتلفه ، وان أعوزت الإبل ولم توجد إلا بأكثر من ثمن المثل فله العدول الى ألف دينار أو اثني عشر ألف درهم وهذا قول الشافعي القديم .

وقال في الجديد تجب قيمة الابل بالغة ما بلغت لحديث عمرو بن شعيب عن عمر في تقويم الابل ، ولان ما ضمن بنوع من المال وجبت قيمته كذوات الامثال ولان الابل اذا أجزأت اذا قلت قيمتها ينبغي أن تجزيء وان كثرت قيمتها كالدنانير اذا غلت أو رخصت وهكذا ينبغي أن نقول اذا غلت الابل كلها ، فأما ان كانت الابل موجودة بثمن مثلها الا أن هذا لم يجدها لكونها في غـير بلده ونحو ذلك ، فإن عمر قوّم الدية من الدراهم اثني عشر ألفا وألف دينار .

( فصل ) وظاهر كلام الخرقي أنه لا تعتبر قيمة الابل بل متى وجدت على الصفة المشروطة وجب أخذها قلت قيمتها أو كثرت ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي وذكر أصحابنا أن ظاهر مذهب أحمد أن تؤخذ مائة قيمة كل بعير منها مائة وعشرون درهما فإن لم يقدر على ذلك أدى اثني عشر ألف درهم أو ألف دينار لان عمر

قوّم الابل على أهل الذهب ألف مثقال وعلى أهل الورق اثنى عشر ألفا فدل على أن ذلك قيمتها ولأن هذه ابدال محل واحد فيجب أن تتساوى فى القيمة كالمثل والقيمة فى بدل القرض والمتلف فى المثليات .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « فى النفس المؤمنة مائة من الابل » وهذا مطلق فتقييده يخالف اطلاقه فلم يجز الا بدليل ولانها كانت تؤخذ على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيمتها ثمانية آلاف .

وقول عمر فى حديثه ان الابل قد غلت فقومها على أهل الورق اثنى عشر ألفا دليل على أنها فى حال رخصها أقل قيمة من ذلك ، وقد كانت تؤخذ فى عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصدر من ولاية عمر مع رخصها وقلة قيمتها ونقصها عن مائة وعشرين فايجاب ذلك فيها خلاف سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن النبي (ص) فرق بين دية الخطأ والعمد فغلظ دية العمد وخفف دية الخطأ .

وأجمع عليه أهل العلم واعتبارها بقيمة واحدة تسوية بينهما ، وجمع بين مافرقه الشارع وازالة للتخفيف والتغليظ جميعا بل هو تغليظ لدية الخطأ ، لان اعتبار ابن مخاض بقيمة ثنية أو جذعة يشق جداً فيكون تغليظا للدية فى الخطأ وتخفيفاً لدية العمد وهذا خلاف ما قصده الشارع ، وورد به . ولأن العادة نقص قيمة بنات المخاض عن قيمة الحقاق والجذعات فلو كانت تؤدى على عهد النبي صلى الله عليه وسلم بقيمة واحدة ويعتبر ذلك فيها لنقل ولم يجز الاخلال به لان ما ورد به الشرع مطلقا انما يحمل على العرف والعادة فإذا أريد به ما يخالف العادة وجب بيانه وايضاحه لئلا يكون تلبيسا فى الشريعة وايهامهم أن حكم الله خلاف ما هو حكمه على الحقيقة والنبي (ص) بعث للبيان قال الله تعالى ( لتبين للناس مانزل اليهم ) فكيف يحمل قوله على الالباس والالغاز ؟ هذا مما لا يحل .

ثم لو حمل الامر على ذلك لكان الاسنان عبثا غير مفيد فان فائدة ذلك انما هو كون اختلاف أسنانها مظنة اختلاف القيم فأقيم مقامه ، ولان الابل أصل فى الدية فلا تعتبر قيمتها بغيرها كالذهب والورق ، ولانها أصل فى الوجوب فلا تعتبر قيمتها كالابل فى السلم وشاة الجبران ، وحديث عمرو بن شعيب حجة لنا فان الابل

كانت تؤخذ قبل أن تغلو ويقومها عمر وقيمتها أقل من اثنى عشر ألفا ، وقد قيل إن قيمتها كانت ثمانية آلاف ولذلك قال عمر : دية الكتابى أربعة آلاف، وقولهم إنها أبدال محل واحد قلنا أن نمنع ونقول البدل إنما هو الابل وغيرها معتبر بها ، وإن سلمنا فهو منتقض بالذهب والورق فإنه لا يعتبر تساويها وينتقض أيضا بشاة الجبران مع الدراهم ، وأما بدل القرض والمتلف فإنما هو المثل خاصة والقيمة بدل عنه ولذلك لا تجب إلا عند العجز عنه بخلاف مسألتنا

فإن قيل : هذا حجة عليكم لقولكم إن الابل هى الأصل وغيرها بدل عنها فيجب أن يساويها كالمثل والقيمة ، قلنا : إذا ثبت لنا هذا ينبغى أن يقوم غيرها بها ولا تقوم هي بغيرها لأن البدل يتبع الاصل ولا يتبع الأصل البدل على أنا نقول إنما صير إلى التقدير بهذا لأن عمر رضى الله عنه قومها فى وقته بذلك فوجب المصير اليه كيلا يؤدى إلى التنازع والاختلاف فى قيمة الابل الواجبة كما قدر لبن المصراة بصاع من التمر نفيا للتنازع فى قيمته فلا يوجب هذا أن يرد الأصل الى التقويم ويفضى الى عكس حكمة الشرع ووقوع التنازع فى قيمة الإبل مع وجوبها بعينها على أن المعتبر فى بدلى القرض مساواة المحل المقرض فاعتبر مساواة كل واحد من بدليه له والدية غير معتبرة بقيمة المتلف ولهذا لا تعتبر صفاته .

وهكذا قول أصحابنا فى تقويم البقر والشاء والحلل يجب أن يكون مبلغ الواجب من كل صنف منها اثنى عشر ألفا فتكون قيمة كل بقرة أو حلة ستين درهما وقيمة كل شاة ستة دراهم لتتساوى الأبدال كلها وكل حلة بردتان فيكون أربعمائة برد .

( فصــــل )

ولا يقبل فى الإبل معيب ولا أعجف ولا يعتبر فيها أن تكون من جنس ابله ولا ابل بلده . وقال القاضى وأصحاب الشافعى الواجب عليه من جنس ابله سواء كان القاتل أو العاقلة لان وجوبها على سبيل المواساة فيجب كونها من جنس مالهم كالزكاة ، فإذا كان عند بعض العاقلة عراب وعند بعضهم بخاتى أخذ من كل واحد من جنس ما عنده ، وان كان عند واحد صنفان ففيه وجهان .

أحدهما . يؤخذ من كل صنف بقسطه .

والثانى : يؤخذ من الأكثر فإن استويا دفع من أيهما شاء فإن دفع من غير

إبله خيراً من إبله أو مثلها جاز كما لو أخرج فى الزكاة خيراً من الواجب ، وان كان أدون لم يقبل الا أن يرضى المستحق ، وان لم يكن له ابل فمن غالب ابل البلد فإن لم يكن فى البلد ابل وجب من غالب ابل أقرب البلاد اليه فان كانت ابله عجافا أو مراضا كلف تحصيل صحاح من جنس ماعنده لأنه بدل متلف فلا تؤخذ فيه معيبة كقيمة الثوب المتلف — ونحو هذا قال أصحابنا فى البقر والغنم .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « فى النفس المؤمنة مائة من الإبل » أطلق الابل فمن قيدها احتاج الى دليل ، ولانها بدل المتلف فلم يختص بجنس ماله كبدل سائر المتلفات ، ولأنها حق ليس سببه المال فلم يعتبر كونه من جنس ماله كالمسلم فيه والقرض ، ولان المقصود بالدية جبر المفوت والجبر لا يختص بجنس مال من وجب عليه ، وفارق الزكاة فانها وجبت على سبيل المواساة ليشارك الفقراء الاغنياء فيما أنعم الله تعالى به عليهم فاقتضى كونه من جنس أموالهم وهذا بدل متلف فلا وجه لتخصيصه بماله .

وقولهم إنها مواساة غير صحيح ، وانما وجبت جبراً للفائت كبدل المال المتلف وانما العاقلة تواسى القاتل فيما وجب بجنايته ولهذا لا يجب من جنس أموالهم إذا لم يكونوا ذوى إبل والواجب بجنايته إبل مطلقة فتواسيه فى تحملها ، ولأنها لو وجبت من جنس مالهم لوجبت المريضة من المراض والصغيرة من الصغار كالزكاة

« مسألة » قال ( وإن كان القتل عمداً فهى فى مال القاتل حالة أرباعا : خمس وعشرون بنات مخاض ، وخمس وعشرون بنات لبون ، وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعه )

أجمع أهل العلم على أن دية العمد تجب فى مال القاتل لا تحملها العاقلة وهذا قضية الاصل وهو أن بدل المتلف يجب على المتلف وأرش الجناية على الجانى قال النبي (ص) « لا يجنى جان إلا على نفسه » وقال لبعض أصحابه حين رأى معه ولده « ابنك هذا ؟ » قال . نعم . قال « أما انه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه » ولان موجب الجناية أثر فعل الجانى فيجب أن يختص بضررها كما يختص بنفعها فانه لو كسب كان كسبه له دون غيره ، وقد ثبت حكم ذلك فى سائر الجنايات

والاكساب ، وانما خوالف هذا الاصل فى قتل المعذور فيه لكثرة الواجب وعجز الجانى فى الغالب عن تحمله مع وجوب الكفارة عليه وقيام عذره تخفيفا عنه ورفقا به ، والعامد لا عذر له فلا يستحق التخفيف ولا يوجد فيه المعنى المقتضى للمواساة فى الخطأ . إذا ثبت هذا فانها تجب حالة ، وبهذا قال مالك والشافعى .

وقال أبو حنيفه : تجب فى ثلاث سنين ، لأنها ديه آدمى ، فكانت مؤجله كدية شبه العمد .

ولنا أن ما وجب بالعمد المحض كان حالا كالقصاص وأرش أطراف العبد ولا يشبه شبه العمد لأن القاتل معذور لكونه لم يقصد القتل ، وإنما أفضى اليه من غير اختيار منه ، فأشبه الخطأ ، ولهذا تحمله العاقلة ، ولأن القصد التخفيف على العاقلة الذين لم تصدر منهم جنايه ، وحملوا أداء مال مواساة فالارفق بحالهم التخفيف عنهم ، وهذا موجود فى الخطأ وشبه العمد على السواء

وأما العمد فانما يحمله الجانى فى غير حال العذر فوجب أن يكون ملحقا ببدل سائر المتلفات ، ويتصور الخلاف معه فيما اذا قتل ابنه أو قتل أجنبيا وتعذر استيفاء القصاص لعفو بعضهم أو غير ذلك .

واختلفت الرواية فى مقدارها : فروى جماعة عن أحمد أنها أرباع كما ذكر الخرقى ، وهو قول الزهرى وربيعة ومالك وسليمان بن يسار وأبى حنيفة ، وروى ذلك عن ابن مسعود رضى الله عنه .

وروى جماعة عن أحمد أنها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة فى بطونها أولادها وبهذا قال عطاء ومحمد بن الحسن والشافعى وروى ذلك عن عمر وزيد وأبى موسى والمغيرة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من قتل متعمداً دفع إلى أولياء المقتول فان شاءوا قتلوه وإن شاءوا أخذوا الديه وهى ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وما صولحوا عليه فهو لهم » وذلك لتشديد القتل ، رواه الترمذى وقال هو حديث حسن غريب ، وعن عبد الله بن عمرو أن رسول الله (ص) قال « ألا ان فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الابل منها أربعون خلفه فى

بطونها أولادها ، رواه الامام احمد وابو داود وغيرهم .

وعن عمرو بن شعيب أن رجلا يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله فأخذ عمر منه الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ، رواه مالك فى موطئه

ووجه الاول ما روى الزهرى عن السائب بن يزيد قال كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أرباعا : خمسا وعشرين جذعة وخمسا وعشرين حقه وخمسا وعشرين بنت لبون وخمسا وعشرين بنت مخاض ولأنه قول ابن مسعود ولانه حق يتعلق بجنس الحيوان فلا يعتبر فيه الحمل كالزكاة والأضحية

( فصل ) والخلفة الحامل وقول النبى صلى الله عليه وسلم « فى بطونها أولادها » تأكيد وقلما تحمل الا ثنية وهى التى لها خمس سنين ودخلت فى السادسة وأى ناقة حملت فهى خلفة تجزىء فى الدية .

وقد قيل لا تجزىء الا ثنية لان فى بعض ألفاظ الحديث أربعون خلفة ما بين ثنية عامها الى بازل ولأن سائر أنواع الابل مقدرة السن فكذلك الخلفة والذى ذكره القاضى هو الاولى لان النبى صلى الله عليه وسلم أطلق الخلفة ، والخلفة هى الحامل فيقتضى أن تجزىء كل حامل ولو أحضرها خلفة فأسقطت قبل قبضها فعليه بدلها فان أسقطت بعد قبضها أجزأت لأنه برىء منها بدفعها .

( فصل ) فان اختلفا فى حملها رجع الى أهل الخبرة كما يرجع فى حمل المرأة الى القوابل وان تسلمها الولى ثم قال لم تكن حوامل وقد ضمرت أجوافها ، وقال الجانى بل قد ولدت عندك نظرت فان قبضها بقول أهل الخبرة فالقول قول الجانى لان الظاهر اصابتهم وان قبضها بغير قولهم فالقول قول الولى لان الاصل عدم الحمل

« مسألة » قال ( وان كان القتل شبه عمدا فكما وصفت فى أسنانها الا أنها على العاقلة فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلثها )

وجملته أن القول فى أسنان دية شبه العمد كالقول فى دية العمد سواء فى اختلاف الروايتين فيها واختلاف العلماء فيها ، وقد سبق الكلام فى ذلك الا أنها تخالف العمد فى أمرين .

أحدهما : أنها على العاقلة فى ظاهر المذهب ، وبه قال الشعبي النخعى والحكم

والشافعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وقال ابن سيرين والزهري والحارث العكلي وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور : هي على القاتل في ماله واختاره أبو بكر عبد العزيز لأنها موجب فعل قصده فلم تحمله العاقلة كالعمد المحض ولأنها دية مغلظة فأشبهت دية العمد ، وهكذا يجب أن يكون مذهب مالك : لأن شبه العمد عنده من باب العمد .

ولنا ما روى أبو هريرة قال « اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه » ولانه نوع قتل لا يوجب قصاصا فوجبت ديته على العاقلة كالخطأ . ويخالف العمد المحض لانه يغلظ من كل وجه لقصده الفعل وإرادته القتل وعمد الخطأ يغلظ من وجه وهو قصده الفعل : ويخفف من وجه وهو كونه لم يرد القتل فاقتضى تغليظها من وجه وهو الاسنان وتخفيفها من وجه وهو حمل العاقلة لها وتأجيلها ، ولا أعلم في أنها تجب مؤجلة خلافا بين أهل العلم . وروى ذلك عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم ، وبه قال الشعبي والنخعي وقتادة وأبو هاشم وعبد الله بن عمر ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر . وقد حكي عن قوم من الخوارج أنهم قالوا : الدية حالة لانها بدل متلف ، ولم ينقل الينا ذلك عمن يعد خلافه خلافا .

وتخالف الدية سائر المتلفات لأنها تجب على غير الجاني على سبيل المواساة له فاقتضت الحكمة تخفيفها عليهم .

وقد روى عن عمر وعلي أنهما قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ، ولا مخالف لهما في عصرهما فكان إجماعا .

## فصل

ويجب في آخر كل حول ثلثها ويعتبر ابتداء السنة من حين وجوب الدية ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : ابتداؤها من حين حكم الحاكم لانها مدة مختلف فيها فكان ابتداؤها من حين حكم الحاكم كمدة العنة .

ولنا أنه مال مؤجل فكان ابتداء أجله من حين وجوبه كالدين المؤجل والسلم ولا نسلم الخلاف فيها فإن الخوارج لا يعتد بخلافهم ، إذا ثبت هذا فإن كان

الواجب دية نفس فابتداء حولها من حين الموت ، سواء كان قتلا موجبا أو عن سراية جرح ، وان كان الواجب دية جرح نظرت فإن كان عن جرح اندمل من غير سراية مثل أن قطع يده فبرأت بعد مدة فابتداء المدة من حين القطع لان تلك حالة الوجوب ، ولهذا لو قطع يده وهو ذمي فأسلم ثم اندملت وجب نصف دية يهودي : وأما إن كان الجرح ساريا ، مثل أن قطع أصبعه فسرى ذلك إلى كفه ثم اندمل فابتداء المدة من حين الاندمال لأنها إذا سرت فما استقر الارش إلا عند الاندمال ، هكذا ذكر القاضي وأصحاب الشافعي ، وقال أبو الخطاب : تعتبر المدة من حين الاندمال فيهما لان الارش لا يستقر الا بالاندمال فيهما

( فصل ) واذا كان الواجب دية فإنها تقسم في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها سواء كانت دية النفس أو دية الطرف ، كدية جدع الانف أو الاذنين ، أو قطع الذكر أو الانثيين ، وان كان دون الدية نظرنا فإن كان ثلث الدية ، كدية المأمومة أو الجائفة وجب في آخر السنة الاولى ولم يجب منه شيء حالا ، وان كان نصف الدية أو ثلثها ، كدية اليد أو دية المنخرين وجب الثلث في آخر السنة الاولى والباقي في آخر السنة الثانية .

وان كان أكثر من الثلثين كدية ثمان أصابع وجب الثلثان في السنتين والباقي في آخر الثالثة ، وان كان أكثر من دية مثل أن ذهب سمع إنسان ففي كل سنة ثلث لان الواجب لو كان دون الديه لم ينقص في السنه عن الثلث فكذلك لا يزيد عليه اذا زاد على الثلث ، وان كان الواجب بالجنايه على اثنين وجب لكل واحد ثلث في كل سنه ، لان كل واحد له دية فيستحق ثلثها ، كما لو انفرد حقه وإن كان الواجب دون ثلث الديه كديه الاصبع لم تحمله العاقله لأنها لا تحمل مادون الثلث ويجب حالا لانه بدل متلف لا تحمله فكان حالا كالجنايه على المال .

( فصل ) وفي الديه الناقصه كديه المرأة والكتابي وجهان . أحدهما تقسم في ثلاث سنين لأنها بدل النفس فأشبهت الديه الكامله ، والثاني يجب منها في العام الاول قدر ثلث الديه الكامله وباقيها في العام الثاني ، لأن هذه تنقص عن الديه فلم تقسم في ثلاث سنين كأرش الطرف ، وهذا مذهب أبي حنيفه ، وللشافعي كالوجهين : وان كانت الديه لا تبلغ ثلث الديه الكامله كديه المجوسي وهو ثمانمائه

درهم ، ودية الجنين وهي خمس من الإبل لم تحمله العاقلة لأنها لا تحمل ما دون الثلث فأشبه دية السن والموضحة ، إلا أن يقتل الجنين مع أمه فتحمله العاقلة لأنها جناية واحدة ، وتكون دية الام على الوجهين فإن قلنا هي فى عامين كانت دية الجنين واجبة مع ثلث دية الام فى العام الاول لأنها دية أخرى ، ويحتمل أن تجب مع باقى دية الام فى العام الثانى ، وإن قلنا ديه الام فى ثلاث سنين فهل تجب ديه الجنين فى ثلاثه أعوام أو لا ؟ على وجهين ، فإذا قلنا بوجوبها فى ثلاث سنين وجبت فى السنين التى وجبت فيها ديه الام لانهما ديتان لمستحقين فيجب فى كل سنه ثلث ديتهما وثلث ديته . ويحتمل أن تجب فى ثلاث سنين أخرى لأن تلفها موجب جنايه واحدة .

« مسألة » قال ( وإن كان القتل خطأ كان على العاقله مائه من الابل تؤخذ فى ثلاث سنين أخماسا : عشرون بنات مخاض وعشرون بنو مخاض وعشرون بنات لبون وعشرون حقه وعشرون جذعه )

لا يختلف المذهب فى أن ديه الخطأ أخماسا كما ذكر الخرقى ، وهذا قول ابن مسعود والنخعى وأصحاب الرأى وابن المنذر ، وقال عمر بن عبدالعزيز وسليمان ابن يسار والزهرى والليث وربيعه ومالك والشافعى: هى أخماس إلا أنهم جعلوا مكان بنى مخاض بنى لبون ، وهكذا رواه سعيد فى سننه عن النخعى عن ابن مسعود وقال الخطابى : روى أن النبى (ص) ودى الذى قتل بخيبر بمائه من إبل الصدقه وليس فى أسنان الصدقه ابن مخاض .

وروى عن على والحسن والشعبى والحارث العكلى وإسحاق أنها أرباع كديه العمد سواء ، وعن زيد أنها ثلاثون حقه وثلاثون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون بنت مخاض .

وقال طاوس ثلاثون حقه وثلاثون بنت لبون وثلاثون بنت مخاض وعشرون بنى لبون ذكور لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن رسول الله (ص) قضى أن من قتل خطأ فديته من الابل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقه وعشر بنى لبون ذكور ، رواه أبو داود وابن ماجه

وقال أبو ثور : الديات كلها أخماس كدية الخطأ لأنها بدل متلف فلا تختلف بالعمد والخطأ كسائر المتلفات ، وحكى عنه أن دية العمد مغلظة ودية شبه العمد والخطأ أخماس ، لأن شبه العمد تحمله العاقلة فكان أخماساً كدية الخطأ

ولنا ما روى عبد الله بن مسعود قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « فى دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعه وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنى مخاض » رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه ، ولأن ابن لبون يجب على طريق البدل عن ابنة مخاض فى الزكاة إذا لم يجدها فلا يجمع بين البدل والمبدل فى واجب ، ولأن موجبها واحد فيصير كأنه أوجب أربعين ابنة مخاض ولأن ما قلناه الأقل فالزيادة عليه لا تثبت إلا بتوقيف يجب على من ادعاه الدليل فأما دية قتيل خيبر فلا حجه لهم فيه لأنهم لم يدعوا على أهل خيبر قتله إلا عمداً فتكون ديته دية العمد وهى من أسنان الصدقه ، والخلاف فى دية الخطأ ، وقول أبى ثور يخالف الآثار المرويه التى ذكرناها فلا يعول عليه

( فصـــل )

ولا نعلم بين أهل العلم خلافا فى أن دية الخطأ على العاقلة ، قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، وقد ثبتت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى بدية الخطأ على العاقله ، وأجمع أهل العلم على القول به ، وقد جعل النبى صلى الله عليه وسلم دية عمد الخطأ على العاقلة بما قد رويناه من الاحاديث ، وفيه تنبيه على أن العاقلة تحمل دية الخطأ

والمعنى فى ذلك أن جنايات الخطأ تكثر ودية الادمى كثيرة فإيجابها على الجانى فى ماله يجحف به فاقتضت الحكمه إيجابها على العاقله على سبيل المواساة للقاتل والاعانه له تخفيفا عنه إذا كان معذوراً فى فعله وينفرد هو بالكفارة

(فصل) ولا خلاف بينهم فى أنها مؤجله فى ثلاث سنين، فإن عمر وعليا رضى الله عنهما جعلا دية الخطأ على العاقله فى ثلاث سنين ولا نعرف لهما فى الصحابة مخالفا فاتبعهم على ذلك اهل العلم ، ولانه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالا كالزكاة، وكل دية تحملها العاقله تجب مؤجله لما ذكرنا ، ومالا تحمله العاقله يجب حالا لانه بدل متلف فلزم المتلف حالا كقيم المتلفات وفارق الذى تحمله

العاقله فإنه يجب مواساة فألزم التأجيل تخفيفاً على متحمله وعدل به عن الأصل فى التأجيل كما عدل به عن الأصل فى إلزامه غير الجانى

( فصل ) ولا يلزم القاتل شيء من الديه ، وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفه هو كواحد من العاقله لأنها وجبت عليهم إعانة له فلا يزيدون عليه فيها

ولنا : ما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه ، وهذا يقتضى أنه قضى بجميعها عليهم ولانه قاتل لم تلزمه الديه فلم يلزمه بعضها . كما لو أمره الإمام بقتل رجل فقتله يعتقد أنه بحق فبان مظلوما : ولان الكفارة تلزم القاتل فى ماله : وذلك يعدل قسطه من الديه وأكثر منه فلا حاجه إلى إيجاب شيء من الديه عليه

## فصل

والكفارة فى مال القاتل لا يدخلها تحمل ، وقال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين تكون فى بيت المال لانها تكثر فإيجابها فى ماله يجحف به

ولنا أنها كفارة فلا تجب على غير من وجد منه سببها كسائر الكفارات وكما لو كانت صوما . ولان الكفارة شرعت للتكفير عن الجانى ولا يكفر عنه بفعل غيره ، ويفارق الديه فإنها إنما شرعت لجبر المحل وذلك يحصل بها كيفما كان ولان النبى صلى الله عليه وسلم لما قضى بالدية على العاقله لم يكفر عن القاتل وما ذكروه لا أصل له ، ولا يصح قياسه على الديه لوجوه .

أحدها : أن الديه لم تجب فى بيت المال لانها انما وجبت على العاقلة ولا يجوز ان يثبت حكم الفرع مخالفا لحكم الاصل

الثانى : ان الديه كثيرة فإيجابها على القاتل يجحف به والكفارة بخلافها

الثالث : ان الديه وجبت مواساة للقاتل وجعل حظ القاتل من الواجب الكفارة فايجابها على غيره يقطع المواساة ويوجب على غير الجانى أكثر مما وجب عليه وهذا لا يجوز

( فصل ) وذكر أصحابنا أن الديه تغلظ بثلاثة أشياء اذا قتل فى الحرم والشهور الحرم واذا قتل محرما وقد نص أحمد رحمه الله على التغليظ على من قتل محرما فى الحرم وفى الشهر الحرام ، فأما ان قتل ذا رحم محرم فقال أبو بكر : تغلظ ديته .

وقال القاضي : ظاهر كلام أحمد أنها لا تغلظ ، وقال أصحاب الشافعي : تغلظ بالحرم والأشهر الحرم وذي الرحم المحرم ، وفي التغليظ بالإحرام وجهان ، وممن روي عنه التغليظ عثمان وابن عباس والسعيدان وعطاء وطاوس والشعبي ومجاهد وسليمان بن يسار وجابر بن زيد وقتادة والأوزاعي ومالك والشافعي وإسحاق ، واختلف القائلون بالتغليظ في صفته ، فقال أصحابنا : تغلظ لكل واحد من الحرمات ثلث الدية فإذا اجتمعت الحرمات الثلاث وجبت ديتان .

قال أحمد في رواية ابن منصور فيمن قتل محرما في الحرم وفي الشهر الحرام فعليه أربعة وعشرون ألفا وهذا قول التابعين القائلين بالتغليظ .

وقال أصحاب الشافعي : صفة التغليظ إيجاب دية العمد في الخطأ لا غير ولا يتصور التغليظ في غير الخطأ ولا يجمع بين تغليظين ، وهذا قول مالك إلا أنه يغلظ في العمد فإذا قتل ذا رحم محرم عمداً فعليه ثلاثون حقه وثلاثون جذعة وأربعون خلفة ، وتغليظها في الذهب والورق أن ينظر قيمة أسنان الإبل غير مغلظة وقيمتها مغلظة ثم يحكم بزيادة ما بينهما كأن قيمتها مخففة ستمائة ، وفي العمد ثمانمائه وذلك ثلث الدية المخففة وعند مالك تغلظ على الأب والأم والجد دون غيرهم ، واحتجا على صفة التغليظ بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه أخذ من قتادة المدلجي دية ابنه حين حذفه بالسيف ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ولم يزد عليه في العدد شيئاً وهذه قصة اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعا ولأن ما أوجب التغليظ أوجبه في الأسنان دون القدر كالضمان ولا يجمع بين تغليظين لأن (١) ما أوجب التغليظ بالضمان إذا اجتمع سببان تداخلا كالحرم والاحرام في قتل الصيد وعلى أنه لا يغلظ بالاحرام أن الشرع لم يرد بتغليظه .

واحتج أصحابنا بما روى ابن أبي نجيح أن امرأة وطئت في الطواف فقضى عثمان رضي الله عنه فيها بستة آلاف وألفين تغليظا للحرم ، وعن ابن عمر أنه قال من قتل في الحرم أو ذا رحم أو في الشهر الحرام فعليه دية وثلث .

وعن ابن عباس أن رجلا قتل رجلاً في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال

---

(١) في نسخة إلا ما أوجب .

دية اثنا عشر ألفا والشهر الحرام أربعة آلاف والبلد الحرام أربعة آلاف وهذا مما يظهر وينتشر ولم ينكر فيثبت إجماعا . وهذا فيه الجمع بين تغليظات ثلاث ولانه قول التابعين القائلين بالتغليظ ، واحتجوا على التغليظ فى العمد أنه إذا غلظ الخطأ مع العذر فيه ففى العمد مع عدم العذر أولى وكل من غلظ الدية أوجب التغليظ فى بدل الطرف بهذه الاسباب لأن ما أوجب تغليظ دية النفس أوجب تغليظ دية الطرف كالعمد ، وظاهر كلام الخرقى أن الدية لا تغلظ بشىء من ذلك ، وهو قول الحسن والشعبى والنخعى وأبى حنيفة والجوزجانى وابن المنذر ، وروى ذلك عن الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز لان النبى صلى الله عليه وسلم قال « فى النفس المؤمنة مائة من الابل لم يزد على ذلك وعلى أهل الذهب ألف مثقال » .

وفى حديث أبى شريح أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « وأنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل وأنا والله عاقله ، من قتل له قتيل بعد ذلك فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » وهذا القتل كان بمكة فى حرم الله تعالى فلم يزد النبى صلى الله عليه وسلم على الدية ولم يفرق بين الحرم وغيره ، وقول الله عز وجل ( ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ) يقتضى أن الدية واحدة فى كل مكان وفى كل حال ولان عمر رضى الله عنه أخذ من قتادة المدلجى دية ابنه ولم يزد على مائة .

وروى الجوزجانى بإسناده عن أبى الزناد أن عمر بن عبد العزيز كان يجمع الفقهاء فكان مما أحيى من تلك السنن بقول فقهاء المدينه السبعه ونظرائهم أن ناسا كانوا يقولون إن الديه تغلظ فى الشهر الحرام أربعه آلاف فتكون سته عشر ألف درهم فألغى عمر رحمه الله ذلك بقول الفقهاء وأثبتها اثنى عشر ألف درهم فى الشهر الحرام والبلد الحرام وغيرهما

قال ابن المنذر : وليس بثابت ما روى عن الصحابه فى هذا ولو صح فقول عمر يخالفه وقوله أولى من قول من خالفه وهو أصح فى الروايه مع موافقته الكتاب والسنه والقياس .

( فصل ) ولا تغلظ الديه بموضع غير الحرم ، وقال أصحاب الشافعى : تغلظ الدية بالقتل فى المدينه على قوله القديم لأنها مكان يحرم صيده فأشبهت الحرم

وليس بصحيح لأنها ليست محلا للمناسك فأشبهت سائر البلدان ولا يصح قياسها على الحرم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أي بلد هذا ؟ أليست البلدة الحرام ؟ قال : فإن دماءكم وأموالكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا » وهذا يدل على أنه أعظم البلاد حرمة .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم « إن أعتى الناس على الله رجل قتل في الحرم ورجل قتل غير قاتله ورجل قتل بدخل الجاهلية » وتحريم الصيد ليس هو العلة في التغليظ ، وان كان من جملة المؤثر فقد خالف تحريمه تحريم الحرم فإنه لا يجب الجزاء على من قتل فيه صيداً ولا يحرم الرعي فيه ولا الاحتشاش منه ولا ما يحتاج اليه من الرحل والعارضة والقائمة وشبهه .

« مسألة » قال ( والعاقلة لا تحمل العبد ولا العمد ولا الصلح ولا الاعتراف ولا ما دون الثلث )

في هذه المسألة خمس مسائل . الأولى : أن العاقلة لا تحمل العبد يعني إذا قتل العبد قاتل وجبت قيمته في مال القاتل ولا شيء على عاقلته خطأ كان أو عمداً ، وهذا قول ابن عباس والشعبي والثوري ومكحول والنخعي والبتي ومالك والليث وابن أبي ليلى وإسحاق وأبي ثور .

وقال عطاء والزهري والحكم وحماد وأبو حنيفة تحمله العاقلة لأنه آدمي يجب بقتله القصاص والكفارة فحملت العاقلة بدله كالحر ، وعن الشافعي كالمذهبين ووافقنا أبو حنيفة في دية أطرافه .

ولنا ما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحا ولا اعترافا » .

وروي عن ابن عباس موقوفا عليه ولم نعرف له في الصحابة مخالفا فيكون إجماعا ، ولأن الواجب فيه قيمة تختلف باختلاف صفاته فلم تحمله العاقلة كسائر القيم ولأنه حيوان لا تحمل العاقلة قيمة أطرافه فلم تحمل الواجب في نفسه كالفرس وبهذا فارق الحر .

المسألة الثانية : أنها لا تحمل العمد سواء كان مما يجب القصاص فيه أو لا يجب

ولا خلاف فى أنها لا تحمل دية ما يجب فيه القصاص وأكثر أهل العلم على أنها لا تحمل العمد بكل حال .

وحكى عن مالك أنها تحمل الجنايات التى لا قصاص فيها كالمأمومة والجائفة وهذا قول قتادة لأنها جناية لا قصاص فيها أشبهت جناية الخطأ .

ولنا حديث ابن عباس ولأنها جناية عمد فلا تحملها العاقلة كالموجب للقصاص وجناية الأب على ابنه ، ولأن حمل العاقلة إنما يثبت فى الخطأ لكون الجانى معذوراً تخفيفا عنه ومواساة له والعامد غير معذور فلا يستحق التخفيف ولا المعاونة فلم يوجد فيه المقتضى ، وبهذا فارق العمد الخطأ ثم يبطل ما ذكروه بقتل الاب ابنه فإنه لا قصاص فيه ولا تحمله العاقلة .

## فصل

وان اقتص بحديدة مسمومة فسرى الى النفس ففيه وجهان أحدهما تحمله العاقلة لانه ليس بعمد محض أشبه عمد الخطأ ، والثانى لا تحمله لانه قتله بآلة يقتل مثلها غالبا فأشبه من لا قصاص له ، ولو وكل فى استيفاء القصاص ثم عفا عنه فقتله الوكيل من غير علم بعفوه فقال القاضى : لاتحمله العاقلة لانه عمد قتله .

وقال أبو الخطاب : تحمله العاقلة لأنه لم يقصد الجنايه ومثل هذا يعد خطأ بدليل ما لو قتل فى دار الحرب مسلما يظنه حربيا فإنه عمد قتله وهو أحد نوعى الخطأ وهذا أصح ولاصحاب الشافعى وجهان كهذين .

( فصل ) وعمد الصبى والمجنون خطأ تحمله العاقلة ، وقال الشافعى فى أحد قوليه لا تحمله لانه عمد يجوز تأديبهما عليه فأشبه القتل من البالغ .

ولنا أنه لا يتحقق منهما كمال القصد فتحمله العاقلة كشبه العمد ولأنه قتل لا يوجب القصاص لاجل العذر فأشبه الخطأ وشبه العمد وبهذا فارق ما ذكروه ويبطل ما ذكروه بشبه العمد .

المسألة الثالثة : أنها لا تحمل الصلح ومعناه أن يدعى عليه القتل فينكره ويصالح المدعى على مال فلا تحمله العاقلة لانه مال ثبت بمصالحته واختياره فلم تحمله العاقلة كالذى ثبت باعترافه .

وقال القاضي : معناه أن يصالح الاولياء عن دم العمد الى الدية ، والتفسير الأول أولى لان هذا عمد فيستغنى عنه بذكر العمد ، وممن قال لا تحمل العاقله الصلح ابن عباس والزهرى والشعبي والثورى والليث والشافعى ، وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه ولانه لو حملته العاقله أدى الى أن يصالح بمال غيره ويوجب عليه حقا بقوله .

المسأله الرابعة : أنها لا تحمل الاعتراف وهو أن يقر الانسان على نفسه بقتل خطأ أو شبه عمد فتجب الدية عليه ولا تحمله العاقلة ولا نعلم فيه خلافا ، وبه قال ابن عباس والشعبي والحسن وعمر بن عبد العزيز والزهرى وسليمان بن موسى والثورى ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى ، وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه ولأنه لو وجب عليهم لوجب بإقرار غيرهم ولا يقبل إقرار شخص على غيره ولأنه يتهم فى أن يواطىء من يقر له بذلك ليأخذ الدية من عاقلته فيقاسمه إياها :

إذا ثبت هذا : فانه يلزمه ما اعترف به وتجب الدية عليه حالة فى ماله فى قول أكثرهم . وقال أبو ثور وابن عبد الحكم لايلزمه شيء ولا يصح إقراره لانه مقر على غيره لا على نفسه ولأنه لم يثبت موجب اقراره فكان باطلا كما لو أقر على غيره بالقتل .

ولنا قوله تعالى ( ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمه الى أهله ) ولانه مقر على نفسه بالجنايه الموجبه للمال فصح اقراره كما لو أقر باتلاف مال أو بما لا تحمل ديته العاقله ولانه محل مضمون فيضمن اذا اعترف به كسائر المحال وانما سقطت عنه الديه فى محل الوفاق لتحمل العاقلة لها فإذا لم تحملها وجبت عليه كجناية المرتد

المسأله الخامسة : أنها لاتحمل مادون الثلث وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك وإسحاق وعبد العزيز وعمر بن أبي سلمة ، وبه قال الزهرى وقال لاتحمل الثلث أيضا ، وقال الثورى وأبو حنيفه تحمل السن والموضحة وما فوقها لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الغرة التى فى الجنين على العاقلة وقيمتها نصف عشر الديه

ولا تحمل ما دون ذلك لانه ليس فيه أرش مقدر ، والصحيح عن الشافعي أنها تحمل الكثير والقليل لان من حمل الكثير حمل القليل كالجاني في العمد

ولنا ماروى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الدية أن لايحمل منها شيء حتى تبلغ عقل المأمومه ولان مقتضى الاصل وجوب الضمان على الجاني لانه موجب جنايته وبدل متلفه فكان عليه كسائر المتلفات والجنايات وانما خولف في الثلث فصاعداً تخفيفا عن الجاني لكونه كثيراً يجحف به قال النبي صلى الله عليه وسلم « الثلث كثير » فما دونه يبقى على قضية الاصل ومقتضى الدليل وهذا حجة على الزهرى ، لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الثلث كثيراً ، فأما دية الجنين فلا تحملها العاقله الا اذا مات مع أمه من الضربه لكون ديتهما جميعا موجب جناية تزيد على الثلث ، وان سلمنا وجوبها على العاقلة فلأنها دية آدمي كامله

(فصل) وتحمل العاقله دية الطرف اذا بلغ الثلث ، وهو قول من سمينا في المسألة التي قبل هذا

وحكى عن الشافعي أنه قال في القديم لاتحمل مادون الديه لان ذلك يجرى مجرى ضمان الاموال بدليل أنه لا تجب فيه كفارة .

ولنا قول عمر رضي الله عنه . ولان الواجب دية جناية على حر تزيد على الثلث فحملتها العاقله كدية النفس ، لانه كثير يجب ضمانا لحر أشبه ما ذكرنا ، وما ذكره يبطل بما إذا جنى على الاطراف بما يوجب الديه أو زيادة عليها .

( فصل )

وتحمل العاقله دية المرأة بغير خلاف بينهم وتحمل من جراحها ما بلغ أرشه ثلث دية الرجل كدية أنفها وما دون ذلك كدية يدها لا تحمله العاقله . وكذلك الحكم في دية الكتابي ولا تحمل دية المجوسي لانها دون الثلث ولا دية الجنين ان مات منفرداً أو مات قبل موت أمه ، نص عليه أحمد لانه دون الثلث ، وان مات مع أمه حملتها العاقله ، نص عليه لان وجوب ديتهما حصل في حال واحدة بجناية واحدة مع زيادتهما على الثلث فحملتها العاقله كالدية الواحدة

( فصل ) وان كان الجاني ذمياً فعقله على عصبته من أهل دينه المعاهدين في

إحدى الروايتين وهو قول الشافعي ، وفى الأخرى لا يتعاقلون لأن المعاقلة تثبت فى حق المسلم على خلاف الأصل تخفيفا عنه ومعونة له فلا يلحق به الكافر ، لأن المسلم أعظم حرمة وأحق بالمواساة والمعونة من الذمى ، ولهذا وجبت الزكاة على المسلمين مواساة لفقرائهم ولم تجب على أهل الذمة لفقرائهم فتبقى فى حق الذمى على الأصل ، ووجه الرواية الاولى أنهم عصبة يرثونه فيعقلون عنه كعصبة المسلم من المسلمين ولا يعقل عنه عصبته المسلمون لانهم لا يرثونه ولا الحربيون لان الموالاة والنصرة منقطعة بينهم ، ويحتمل أن يعقلوا عنه إذا قلنا انهم يرثونه لانهم أهل دين واحد يرث بعضهم بعضا ، ولا يعقل يهودى عن نصرانى ولا نصرانى عن يهودى ، لانهم لا موالاة بينهم ، وهم أهل ملتين مختلفتين ، ويحتمل أن يتعاقلا بناء على الروايتين فى توارثهما .

( فصل ) وإن تنصر يهودى أو تهود نصرانى وقلنا إنه يقر عليه عقل عنه عصبته من أهل الدين الذى انتقل اليه ، وهل يعقل عنه الذين انتقل عن دينهم ؟ على وجهين ، وإن قلنا لا يقر لم يعقل عنه أحد لانه كالمرتد والمرتد لا يعقل عنه أحد لأنه ليس بمسلم فيعقل عنه المسلمون ، ولا ذمى فيعقل عنه أهل الذمة وتكون جنايته فى ماله ، وكذلك كل من لا تحمل عاقلته جنايته يكون موجبها فى ماله كسائر الجنايات التى لا تحملها العاقلة .

( فصل )

ولو رمى ذمى صيداً ثم أسلم ثم أصاب السهم آدميا فقتله لم يعقله المسلمون لانه لم يكن مسلما حال رميه ، ولا المعاهدون لانه قتله وهو مسلم فيكون فى مال الجانى وهكذا لو رمى وهو مسلم ثم ارتد ثم قتل السهم إنسانا لم يعقله أحد ، ولو جرح ذمى ذميا ثم أسلم الجارح ومات المجروح وكان أرش جراحه يزيد على الثلث فعقله على عصبته من أهل الذمة ؛ وما زاد على أرش الجرح لا يحمله أحد ويكون فى مال الجانى كما ذكرنا ، وإن لم يكن أرش الجرح مما تحمله العاقلة فجميع الدية على الجانى ، وكذلك الحكم إذا جرح مسلما ثم ارتد . ويحتمل أن تحمل الدية كلها العاقلة فى المسألتين ، لأن الجناية وجدت وهو ممن تحمل العاقلة

جنايته ولهذا وجب القصاص فى المسألة الاولى اذا كان عمداً ويحتمل أن لاتحمل العاقلة شيئا لان الارش انما يستقر باندمال الجرح أو سرايته

( فصل ) اذا تزوج عبد معتقة فأولدها أولاداً فولاؤهم لمولى أمهم وان جنى أحدهم فالعقل على مولى أمه لانه عصبته ووارثه فإن أعتق أبوه ثم سرت الجناية أو رمى بسهم فلم يقع السهم حتى أعتق أبوه لم يحمل عقله أحد لان موالى الام قد زال ولاؤهم عنه قبل قتله وموالى الاب لم يكن لهم عليه ولاء حال جنايته فتكون الدية عليه فى ماله الا أن يكون أرش الجرح مما تحمله العاقلة منفرداً فيخرج فيه مثل ما قلنا فى المسألة التى قبلها

( فصل وان جنى الرجل على نفسه خطأ أو على أطرافه ففيه روايتان . قال القاضى : أظهرهما أن على عاقلته ديته لورثته ان قتل نفسه أو أرش جرحه لنفسه اذا كان أكثر من الثلث ، وهذا قول الاوزاعى واسحاق لما روى أن رجلا ساق حماراً فضربه بعصا كانت معه فطارت منها شظية ففقأت عينه فجعل عمر ديته على عاقلته وقال هى يد من أيدى المسلمين لم يصبها اعتداء على أحد ولم نعرف له مخالفا فى عصره ولانها جناية خطأ فكان عقلها على عاقلته كما لو قتل غيره فعلى هذه الرواية ان كانت العاقلة الورثة لم يجب شىء لانه لايجب للانسان شىء على نفسه وان كان بعضهم وارثا سقط عنه ما يقابل نصيبه وعليه ما زاد على نصيبه وله ما بقى ان كان نصيبه من الدية أكثر من الواجب عليه

والرواية الثانية . جنايته هدر وهذا قول اكثر اهل العلم منهم ربيعه ومالك والثورى والشافعى واصحاب الرأى وهى اصح لان عامر بن الاكوع بارز مرحبا يوم خيبر فرجع سيفه على نفسه فمات ، ولم يبلغنا ان النبى ( ص ) قضى فيه بدية ولا غيرها ، ولو وجبت لبينه النبى صلى الله عليه وسلم . ولانه جنى على نفسه فلم يضمنه غيره كالعمد ، ولان وجوب الدية على العاقلة انما كان مواساة للجانى وتخفيفا عنه وليس على الجانى ههنا شىء يحتاج الى الاعانة والمواساة فيه فلا وجه لإيجابه . ويفارق هـــذا ما اذا كانت الجناية على غيره فإنه لو لم تحمله العاقلة لاجحف به وجوب الديه لكثرتها . فأما ان كانت الجناية على نفسه شبه عمد فهل

تجري مجرى الخطأ ؟ على وجهين . أحدهما هي كالخطأ لانها تساويه فيما اذا كانت على غيره ، والثاني لا تحمله العاقلة لانه لا عذر له فأشبه العمد المحض .

( فصل ) وأما خطأ الإمام والحاكم فى غير الحكم والاجتهاد فهو على عاقلته بغير خلاف إذا كان مما تحمله العاقلة : وما حصل باجتهاده ففيه روايتان :

احداهما على عاقلته أيضا لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه بعث الى امرأة ذكرت بسوء فأجهضت جنينها فقال عمر لعلي : عزمت عليك لاتبرح حتى تقسمها على قومك ، ولانه جان فكان خطأه على عاقلته كغيره .

والثانية : هو فى بيت المال ، وهو مذهب الاوزاعي والثوري وأبي حنيفة واسحاق ، لان الخطأ يكثر فى أحكامه واجتهاده ، فايجاب ثقله على عاقلته يجحف بهم ولانه نائب عن الله تعالى فى أحكامه وأفعاله فكان أرش جنايته فى مال الله سبحانه ، وللشافعي قولان كالروايتين .

« مسألة » قال ( واذا جنى العبد فعلى سيده أن يفديه أو يسلمه فان كانت الجناية أكثر من قيمته لم يكن على سيده أكثر من قيمته )

هذا فى الجناية التى تؤدى بالمال ، اما لكونها لا توجب الا المال ، واما لكونها موجبة للقصاص فعفا عنها الى المال ، فان جناية العبد تتعلق برقبته اذ لا يخلو من أن تتعلق برقبته أو ذمته أو ذمة سيده ، أو لا يجب شيء ولا يمكن الغاؤها لانها جناية آدمي فيجب اعتبارها كجناية الحر ، ولأن جناية الصغير والمجنون غير ملغاة مع عذره وعدم تكليفه فجناية العبد أولى ، ولا يمكن تعلقها بذمته لانه يفضى الى الغائها أو تأخير حق المجنى عليه الى غير غاية ولا بذمة السيد لانه لم يجن فتعين تعلقها برقبة العبد ، ولان الضمان موجب جنايته فتتعلق برقبته كالقصاص ثم لا يخلو أرش الجناية من ان يكون بقدر قيمته فما دون أو أكثر ، فان كان بقدها فما دون فالسيد مخير بين ان يفديه بأرش جنايته أو يسلمه الى ولى الجناية فيملكه ، وبهذا قال الثوري ومحمد بن الحسن واسحاق ، وروى ذلك عن الشعبي وعطاء ومجاهد وعروة والحسن والزهري وحماد ، لأنه ان دفع أرش الجناية فهو الذي وجب للمجني عليه فلم يملك المطالبة بأكثر منه .

وإن سلم العبد فقد أدى المحل الذى تعلق الحق به ، ولأن حق المجنى عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة وقد أداها ، وان طالب المجنى عليه بتسليمه اليه وأبى ذلك سيده لم يجبر عليه لما ذكرنا ، وان دفع السيد عبده فأبى الجانى قبوله وقال بعه وادفع إلىّ ثمنه فهل يلزم السيد ذلك ؟ على روايتين ،

وأما إن كانت الجناية أكثر من قيمته ففيه روايتان . إحداهما : أن سيده يخير بين أن يفديه بقيمته أو أرش جنايته وبين أن يسلمه ، لانه إذا أدى قيمته فقد أدى قدر الواجب عليه ، فإن حق المجنى عليه لا يزيد على العبد فلم يلزمه أكثر من ذلك كما لو كانت الجناية بقدر قيمته .

والرواية الثانية : يلزمه تسليمه الا أن يفديه بأرش جنايته بالغة ما بلغت وهذا قول مالك لانه ربما إذا عرض للبيع رغب فيه راغب بأكثر من قيمته فإذا أمسكه فقد فوت تلك الزيادة على المجنى عليه وللشافعى قولان كالروايتين .

ووجه الرواية الاولى أن الشرع قد جعل له فداءه فكان له فداؤه وكان الواجب قدر قيمته كسائر المتلفات

( فصل ) فإن كانت الجناية موجبة للقصاص فعفا ولى الجناية على أن يملك العبد لم يملكه بذلك لانه إذا لم يملكه بالجناية فلأن لا يملكه بالعفو أولى ، ولانه أحد من عليه القصاص فلا يملكه بالعفو كالحر ولانه اذا عفى عن القصاص انتقل حقه الى المال فصار كالجانى جناية موجبة للمال ، وفيه رواية أخرى أنه يملكه لانه مملوك استحق اتلافه فاستحق ابقاءه على ملكه كعبده الجانى عليه .

( فصل ) قال أبو طالب سمعت أباعبدالله يقول : اذا أمر غلامه فجنى فعليه ماجنى وان كان أكثر من ثمنه ان قطع يد حر فعليه دية يد الحر ، وان كان ثمنه أقل ، وان أمره سيده أن يجرح رجلا فما جنى فعليه قيمه جنايته ، وان كانت أكثر من ثمنه لانه بأمره ، وكان على وأبو هريرة يقولان : اذا أمر عبده أن يقتل فإنما هو سوطه ويقتل المولى ويحبس العبد .

وقال أحمد حدثنا بهز حدثنا حماد بن سلمة حدثنا قتادة عن خلاس أن عليا قال اذا أمر الرجل عبده فقتل انما هو كسوطه أو كسيفه يقتل المولى والعبد يستودع السجن ولانه فوت شيئا بأمره فكان على السيد ضمانه كما لو استدان بأمره .

## فصل

فإن جنى جنايات بعضها بعد بعض فالجاني بين أولياء الجنايات بالحصص، وبهذا قال الحسن وحماد وربيعة وأصحاب الرأي والشافعي. وروى عن شريح: أنه قال يقضي به لآخرهم، وبه قال الشعبي وقتادة لأنها جناية وردت على محل مستحق فقدم صاحبها على المستحق قبله كالجناية على المملوك الذي لم يجن. وقال شريح في عبد شج رجلا ثم آخر فقال شريح يدفع الى الأول الا أن يفديه مولاه ثم يدفع الى الثاني ثم يدفع الى الثالث الا أن يفديه الاوسط.

ولنا أنهم تساووا في سبب تعلق الحق به فتساووا في الاستحقاق كما لو جنى عليهم دفعة واحدة بل لو قدم بعضهم كان الاول أولى لان حقه أسبق، ولا يصح القياس على الملك فإن حق المجني عليه أقوى بدليل أنهما لو وجدا دفعة واحدة قدم حق المجني عليه؛ ولأن حق المجني عليه ثبت بغير رضا صاحبه عوضا وحق المالك ثبت برضاه أو بغير عوض فافترقا.

(فصل) وان أعتق السيد عبده الجاني عتق وضمن ما تعلق به من الارش لانه أتلف محل الجناية على من تعلق حقه به فلزمه غرامته كما لو قتله وينبني قدر الضمان على الروايتين فيما اذا اختار امساكه بعد الجناية لانه امتنع من تسليمه باعتاقه فهو بمنزلة امتناعه من تسليمه باختيار فدائه. ونقل ابن منصور عن أحمد أنه ان أعتقه عالما بجنايته فعليه الدية يعني دية المقتول، وان لم يكن عالما بجنايته فعليه قيمة العبد وذلك لانه اذا أعتقه مع العلم كان مختاراً لفدائه بخلاف ما اذا لم يعلم فإنه لم يختر الفداء لعدم علمه به فلم يلزمه أكثر من قيمة ما فوته.

(فصل) فإن باعه أو وهبه صح بيعه لما ذكرنا في البيع ولم يزل تعلق الجناية عن رقبته فان كان المشتري عالما بحاله فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة وينتقل الخيار في فدائه وتسليمه اليه كالسيد الاول؛ وان لم يعلم فله الخيار بين امساكه ورده كسائر المعيبات.

«مسألة» قال (والعاقلة العمومة وأولادهم وان سفلوا في احدى الروايتين عن أبي عبدالله، والرواية الاخرى الاب والابن والاخوة وكل العصبة من العاقلة)

العاقلة من يحمل العقل والعقل الديه تسمى عقلا لأنها تعقل لسان ولى المقتول وقيل إنما سميت العاقله لأنهم يمنعون عن القاتل ، والعقل المنع ولهذا سمى بعض العلوم عقلا لأنه يمنع من الإقدام على المضار، ولا خلاف بين أهل العلم فى أن العاقلة العصبات وأن غيرهم من الاخوة من الأم، وسائر ذوى الارحام والزوج وكل من عدا العصبات ليسوا هم من العاقلة . واختلف فى الآباء والبنين هل هم من العاقلة أو لا ، وعن أحمد فى ذلك روايتان

إحداهما: كل العصبة من العاقلة يدخل فيه آباء القاتل وأبناؤه وأخوته وعمومته وأبناؤهم وهذا اختيار أبى بكر والشريف أبى جعفر، وهو مذهب مالك وأبى حنيفه لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن عقل المرأة بين عصبتها من كانوا لا يرثون منها شيئا إلا ما فضل عن ورثتها ، وان قتلت فعقلها بين ورثتها » رواه أبو داود ، ولأنهم عصبه فأشبهوا الاخوة ، يحققه أن العقل موضوع على التناصر وهم من أهله ، ولأن العصبة فى تحمل العقل كهم فى الميراث فى تقديم الأقرب فالأقرب وآباؤه وأبناؤه أحق العصبات بميراثه فكانوا أولى بتحمل عقله

والرواية الثانية : ليس آباؤه وأبناؤه من العاقلة ، وهو قول الشافعى لما روى ابو هريرة قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الاخرى فقتلها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم ، متفق عليه

وفى رواية « ثم ماتت القاتله فجعل النبى صلى الله عليه وسلم ميراثها لبنيها والعقل على العصبة » رواه ابو داود والنسائى . وفى رواية عن جابر بن عبد الله قال « فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم دية المقتولة على عاقلتها وبرأ زوجها وولدها قال : فقالت عاقلة المقتوله ميراثها لنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثها لزوجها وولدها » رواه أبو داود .

اذا ثبت هذا : فى الأولاد قسنا عليه الوالد لأنه فى معناه ولأن مال ولده ووالده كماله ولهذا لم تقبل شهادتهما له ولا شهادته لهما ووجب على كل واحد منهما الانفاق على الآخر اذا كان محتاجا والآخر موسراً وعتق عليه إذا ملكه فلا تجب

فى ماله دية كما لم يجب فى مال القاتل ، وظاهر كلام الخرقى أن فى الاخوة روايتين كالولد والوالد وغيره من أصحابنا يجعلونهم من العاقلة بكل حال ولا أعلم فيه عن غيرهم خلافا .

( فصل ) فإن كان الولد ابن ابن عم أو كان الوالد والد[1] مولى أو عصبة مولى فإنه يعقل فى ظاهر كلام أحمد ، قاله القاضى . وقال أصحاب الشافعى لا يعقل لانه والد أو ولد فلم يعقل كما لو لم يكن كذلك .

ولنا أنه ابن ابن عم أو مولى فيعقل كما لو لم يكن ولداً وذلك لان هذه القرابة أو الولاء سبب يستقل بالحكم منفرداً فإذا وجد مع مالا يثبت به الحكم أثبته كما لو وجد مع الرحم المجرد ولانه يثبت حكمه مع القرابة الأخرى بدليل أنه يلى نكاحها مع أن الابن لا يلى النكاح عندهم .

## فصل

وسائر العصبات من العاقلة بعدوا أو قربوا من النسب والمولى وعصبته ومولى المولى وعصبته وغيرهم وبهذا قال عمر بن عبد العزيز والنخعى وحماد ومالك والشافعى ولا أعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لأنهم عصبة يرثون المال إذا لم يكن وارث أقرب منهم فيدخلون فى العقل كالقريب ولا يعتبر أن يكونوا وارثين فى الحال بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا لان النبى صلى الله عليه وسلم ، قضى بالدية بين عصبة المرأة من كانوا لا يرثون منها إلا ما فضل عن ورثتها ، ولأن الموالى من العصبات فأشبهوا المناسبين .

( فصل ) ولا يدخل فى العقل من ليس بعصبة ولا يعقل المولى من أسفل ، وبه قال أبو حنيفة وأصحاب مالك ، وقال الشافعى فى أحد قوليه يعقل لأنهما شخصان يعقل أحدهما صاحبه فيعقل الآخر عنه كالاخوين .

ولنا أنه ليس بعصبة له ولا وارث فلم يعقل عنه كالاجنبى . وما ذكروه يبطل بالذكر مع الانثى والكبير مع الصغير والعاقل مع المجنون .

(فصل) ولا يعقل مولى الموالاة وهو الذى يوالى رجلا يجعل له ولاءه ونصرته

---

(١) فى نسخة أو كان الولد أو الوالد .

ولا الحليف وهو الرجل يحالف الآخر على أن يتناصرا على دفع الظلم ويتضافرا على من قصدهما أو قصد أحدهما ولا العديد وهو الذى لاعشيرة له ينضم الى عشيرة فيعد نفسه معهم ، وبهذا قال الشافعى .

وقال أبو حنيفة . يعقل مولى الموالاة ويرث ، وقال مالك : إذا كان الرجل فى غير عشيرته فعقله على القوم الذى هو معهم . ولنا : أنه معنى يتعلق بالعصبة فلا يستحق بذلك كولاية النكاح .

( فصل ) ولا مدخل لأهل الديوان فى المعاقله ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يتحملون جميع الديه فإن عدموا فالأقارب حينئذ يعقلون لان عمر رضى الله عنه جعل الديه على أهل الديوان فى الاعطيه فى ثلاث سنين .

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم ، قضى بالديه على العاقله [1] ولأنه معنى لا يستحق به الميراث فلم يحمل العقل كالجوار واتفاق المذاهب وقضاء النبى صلى الله عليه وسلم أولى من قضاء عمر ، على أنه إن صح ما ذكر عنه فيحتمل أنهم كانوا عشيرة القاتل .

( فصل ) ويشترك فى العقل الحاضر والغائب : وبهذا قال أبو حنيفه ، وقال مالك : يختص به الحاضر لان التحمل بالنصرة وإنما هى بين الحاضرين ، ولان فى قسمته على الجميع مشقه ، وعن الشافعى كالمذهبين .

ولنا : الخبر : وأنهم استووا فى التعصيب والارث فاستووا فى تحمل العقل كالحاضرين ولأنه معنى يتعلق بالتعصيب فاستوى فيه الحاضر والغائب كالميراث والولاية .

( فصل ) و يبدأ فى قسمته بين العاقله بالأقرب فالأقرب يقسم على الإخوة وبنيهم والاعمام وبنيهم ثم أعمام الاب ثم بنيهم ثم أعمام الجد ثم بنيهم كذلك أبداً حتى اذا انقرض المناسبون فعلى المولى المعتق ثم على عصباته ثم على مولى المولى ثم على عصباته الاقرب فالاقرب كالميراث سواء .

وان قلنا : للآباء والأبناء من العاقله بدىء بهم لأنهم أقرب ، ومتى اتسعت

---

( ١ ) فى نسخة على عصبة القاتله .

أموال قوم للعقل لم يعدهم إلى من بعدهم ، لأنه حق يستحق بالتعصيب فيقدم الأقرب فالأقرب كالميراث وولاية النكاح ، وهل يقدم من يدلى بالأبوين على من يدلى بالأب ؟ على وجهين :

أحدهما : يقدم لأنه يقدم فى الميراث فقدم فى العقل ، كتقديم الأخ على ابنه والثانى يستويان لأن ذلك يستفاد بالتعصيب ولا أثر للأم فى التعصيب ، والأول أولى إن شاء الله تعالى ، لأن قرابة الام تؤثر فى الترجيح والتقديم وقوة التعصيب لاجتماع القرابتين على وجه لا تنفرد كل واحدة بحكم ، وذلك لأن القرابتين تنقسم إلى ما تنفرد كل واحدة منهما بحكم ، كابن العم إن كان أخا من أم فإنه يرث بكل واحدة من القرابتين ميراثا مفرداً يرث السدس بالاخوة ويرث بالتعصيب ببنوة العم . وحجب إحدى القرابتين لا يؤثر فى حجب الأخرى ، فهذا لا يؤثر فى قوة ولا ترجيح ، ولذلك لا يقدم ابن العم الذى هو أخ من أم على غيره ، وما لا ينفرد كل واحد منهما بحكم ، كابن العم من أبوين مع ابن عم من أب لا تنفرد إحدى القرابتين بميراث عن الأخرى فتؤثر فى الترجيح وقوة التعصيب ، ولذلك أثرت فى التقديم فى الميراث فكذلك فى غيره ، وبما ذكرناه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة يسوى بين القريب والبعيد ويقسم على جميعهم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل دية المقتولة على عصبة القاتلة .

ولنا أنه حكم تعلق بالتعصيب فوجب أن يقدم فيه الأقرب فالاقرب كالميراث ، والخبر لا حجة فيه ، لاننا نقسمه على الجماعة إذا لم يف به الاقرب . فنحمله على ذلك .

( فصل ) ولا يحمل العقل إلا من يعرف نسبه من القاتل أو يعلم أنه من قوم يدخلون كلهم فى العقل ، ومن لا يعرف ذلك منه لا يحمل ، وإن كان من قبيلته فلو كان القاتل قرشيا لم يلزم قريشا كلهم التحمل ، فإن قريشا وان كانوا كلهم يرجعون الى أب واحد إلا أن قبائلهم تفرقت وصار كل قوم ينتسبون الى أب يتميزون به فيعقل عنهم من يشاركهم فى نسبهم الى الأب الأدنى . ألا ترى أن الناس كلهم بنو آدم ، فهم راجعون الى أب واحد ؟ لكن ان كان من فخذ واحد

يعلم أن جميعهم يتحملون وجب أن يحمل جميعهم ، سواء عرف أحدهم نسبه أو لم يعرف ، للعلم بأنه متحمل على أى وجه كان ، وان لم يثبت نسب القاتل من أحد فالدية فى بيت المال ، لأن المسلمين يرثونه إذا لم يكن له وارث ، بمعنى أنه يؤخذ ميراثه لبيت المال فكذلك يعقلونه على هذا الوجه ، وان وجد له من يحمل بعض العقل فالباقى فى بيت المال كذلك .

( فصـــل )

ولا خلاف بين أهل العلم فى أن العاقلة لا تكلف من المال ما يجحف بها ويشق عليها لأنه لازم لها من غير جنايتها على سبيل المواساة للقاتل والتخفيف عنه فلا يخفف عن الجانى بما يثقل على غيره ويجحف به كالزكاة ، ولأنه لو كان الاجحاف مشروعا كان الجانى أحق به لانه موجب جنايته وجزاء فعله ، فإذا لم يشرع فى حقه ففى حق غيره أولى .

واختلف أهل العلم فيما يحمله كل واحد منهم ، فقال أحمد يحملون على قدر مايطيقون ، فعلى هذا لا يتقدر شرعا وإنما يرجع فيه الى اجتهاد الحاكم فيفرض على كل واحد قدراً يسهل ولا يؤذى ، وهذا مذهب مالك لان التقدير لا يثبت الا بتوقيف ولا يثبت بالرأى والتحكم ، ولا نص فى هذه المسألة فوجب الرجوع فيها إلى اجتهاد الحاكم كمقادير النفقات .

وعن أحمد رواية أخرى انه يفرض على الموسر نصف مثقال لانه أقل مال يتقدر فى الزكاة فكان معتبراً بها ، ويجب على المتوسط ربع مثقال لأن ما دون ذلك تافه لكون اليد لا تقطع فيه ، وقد قالت عائشة رضى الله عنها : لا تقطع اليد فى الشيء التافه ومادون ربع دينار لا قطع فيه ، وهذا اختيار ابى بكر ومذهب الشافعى . وقال أبو حنيفة : أكثر ما يحمل على الواحد أربعة دراهم وليس لأقله حد ، لان ذلك مال يجب على سبيل المواساة للقرابة فلم يتقدر أقله كالنفقة ، قال ويسوى بين الغنى والمتوسط لذلك ، والصحيح الاول لما ذكرنا من أن التقدير إنما يصار اليه بتوقيف ولا توقيف فيه ، وأنه يختلف بالغنى والتوسط كالزكاة والنفقة ، ولا يختلف بالقرب والبعد كذلك ، واختلف القائلون بالتقدير بنصف دينار وربعه .

قال بعضهم : يتكرر الواجب فى الأعوام الثلاثة فيكون الواجب فيها على الغنى ديناراً ونصفا وعلى المتوسط ثلاثة أرباع دينار لأنه حق يتعلق بالحول على سبيل المواساة فيتكرر بتكرر الحول كالزكاة .

وقال بعضهم : لا يتكرر لأن فى إيجاب زيادة على النصف إيجابا لزيادة على أقل الزكاة فيكون مضراً ، ويعتبر الغنى والتوسط عند رأس الحول لأنه حال الوجوب فاعتبر الحال عنده كالزكاة ، وان اجتمع من عدد العاقلة فى درجة واحدة عدد كثير قسم الواجب على جميعهم فيلزم الحاكم كل إنسان على حسب ما يراه وإن قل ، وعلى الوجه الآخر يجعل على المتوسط نصف ما على الغنى ، ويعم بذلك جميعهم ، وهذا أحد قولى الشافعى

وقال فى الآخر يخص الحاكم من شاء منهم فيفرض عليهم هذا القدر الواجب لئلا ينقص عن القدر الواجب ويصير الى الشيء التافه ، ولأنه يشق فربما أصاب كل واحد قيراط فيشق جمعه .

ولنا أنهم استووا فى القرابة فكانوا سواء كما لو قلوا وكالميراث ، وأما التعلق بمشقة الجمع فغير صحيح ، لأن مشقة زيادة الواجب أعظم من مشقة الجمع ، ثم هذا تعلق بالحكمة من غير أصل يشهد لها فلا يترك لها الدليل ، ثم هى معارضة بخفة الواجب على كل واحد وسهولة الواجب عليهم ، ثم لا يخلو من أن يخص الحاكم بعضهم بالاجتهاد أو بغير اجتهاد ، فإن خصه بالاجتهاد فعليه فيه مشقة وربما لم يحصل له معرفة الاولى منهم بذلك فيتعذر الإيجاب ، وان خصه بالتحكم أفضى الى أنه يخير بين أن يوجب على إنسان شيئا بشهوته من غير دليل ، وبين أن لا يوجب عليه ولا نظير له ، وربما ارتشى من بعضهم ، وربما امتنع من فرض عليه شيء من أدائه لكونه يرى مثله لا يؤدى شيئا مع التساوى من كل الوجوه .

( فصـــل ) ومن مات من العاقلة أو افتقر أو جن قبل الحول لم يلزمه شيء لا نعلم فى هذا خلافا لأنه مال يجب فى آخر الحول على سبيل المواساة فأشبه الزكاة وان وجد ذلك بعد الحول لم يسقط الواجب وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة يسقط بالموت لأنه خرج عن أهلية الوجوب فأشبه ما لو مات قبل الحول .

ولنا أنه حق تدخله النيابة لا يملك إسقاطه فى حياته فأشبه الديون ، وفارق

ماقبل الحول لأنه لم يجب ولم يستمر الشرط الى حين الوجوب ، فأما ان كان فقيراً حال القتل فاستغنى عند الحول فقال القاضي يجب عليه لانه وجد وقت الوجوب وهو من أهله ويخرج على هذا من كان صبيا فبلغ أو مجنونا فأفاق عند الحول وجب عليه كذلك ويحتمل أن لا يجب لأنه لم يكن من أهل الوجوب حالة السبب فلم يثبت الحكم فيه حالة الشرط كالكافر إذا ملك مالا ثم أسلم عند الحول لم تلزمه الزكاة فيه

« مسأله » قال ( وليس على فقير من العاقلة ولا امرأة ولا صبي ولا زائل العقل حمل شيء من الدية )

أكثر أهل العلم على أنه لا مدخل لأحد من هؤلاء في تحمل العقل : قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المرأة والصبي الذي لم يبلغ لا يعقلان مع العاقلة وأجمعوا على أن الفقير لا يلزمه شيء ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي .

وحكى بعض أصحابنا عن مالك وأبي حنيفة أن للفقير مدخلا في التحمل وذكره أبو الخطاب رواية عن أحمد لأنه من أهل النصرة فكان من العاقلة كالغني والصحيح الاول لان تحمل العقل مواساة فلا يلزم الفقير كالزكاة ، ولأنها وجبت على العاقلة تخفيفا عن القاتل فلا يجوز التثقيل بها على من لا جناية منه ، وفي إيجابها على الفقير تثقيل عليه وتكليف له ما لا يقدر عليه ولأننا أجمعنا على أنه لا يكلف أحد من العاقلة مايثقل عليه ويجحف به وتحميل الفقير شيئا منها يثقل عليه ويجحف بماله وربما كان الواجب عليه جميع ماله أو أكثر منه أو لا يكون له شيء أصلا ، وأما الصبي والمجنون والمرأة فلا يحملون منها لأن فيها معنى التناصر وليس هم من أهل النصرة .

( فصل ) ويعقل المريض إذا لم يبلغ حد الزمانة والشيخ إذا لم يبلغ حد الهرم لأنهما من أهل النصرة والمواساة وفي الزمن والشيخ الفاني وجهان .

أحدهما : لا يعقلان لانهما ليسا من أهل النصرة ولهذا لا يجب عليهما الجهاد ولا يقتلان إذا كانا من أهل الحرب ، وكذلك يخرج في الأعمى لأنه مثلهما في هذا المعنى .

والثانى . يعقلون لأنهم من أهل المواساة ، ولهـذا تجب عليهم الزكاة ، وهذا ينتقض بالصبى والمجنون ، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كمذهبنا

« مسألة » قال ( ومن لم يكن له عاقله أخذ من بيت المال، فإن لم يقدر على ذلك فليس على القاتل شيء )

الـكلام فى هذه المسأله فى فصلين . أحدهما : أن من لا عاقلة له هل يؤدى من بيت المـال أو لا ؟ فيه روايتان . إحداهما : يؤدى عنه وهو مذهب الزهرى والشافعى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم ودى الأنصارى الذى قتل بخيبر من بيت المال، وروى أن رجلا قتل فى زحام فىزمن عمر فلم يعرف قاتله ، فقال على لعمر يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرىء مسلم ، فأدى ديتهمن بيت المال ، ولأن المسلمين يرثون من لا وارث له فيعقلون عنه عند عدم عاقلته كعصباته ومواليه

والثانية : لا يجب ذلك ، لأن بيت المـال فيه حق للنساء والصبيان والمجانين والفقراء ولا عقل عليهم ، فلا يجوز صرفه فيما لا يجب عليهم ، ولأن العقـل على العصبات وليس بيت المال عصبة ولا هو كعصبة هذا . فأما قتيل الأنصار فغـير لازم لان ذلك قتيل اليهود وبيت المال لا يعقل عن الـكفار بحال ، وإنما النبى صلى الله عليه وسلم تفضل عليهم

وقولهم إنهم يرثونه ، قلنا ليس صرفه إلى بيت المال ميراثا ، بل هو فيء ولهذا يؤخذ مال من لاوارث لهمن أهل الذمة إلىبيت المال ولا يرثه المسلمون، ثم لا يجب العقل على الوارث إذا لم يكن عصبة ، ويجب على العصبة وإن لم يكن وارثا ، فعلى الرواية الأولى إذا لم يكن له عاقلة أديت الدية عنه كلها من بيت المال ، وإن كان له عاقلة لا تحمل الجميع أخذ الباقى من بيت المال ، وهل تؤدى من بيت المـال فى دفعة واحدة أو فى ثلاث سنين ؟ على وجهين : أحدهما فى ثلاث سنين علىحسب مايؤخذ من العاقلة والثانى يؤدى دفعة واحدة ، وهذا أصح لان النبى ( ص ) أدى دية الانصارى دفعة واحدة وكذلك عمر ولان الدية بدل متلف لاتؤديه العاقله فيجب كله فى الحال كسائر بدل المتلفات، وإنمـا أجل على العاقلة تخفيفا عنهم ولا حاجه الى ذلك فى بيت المال ولهذا يؤدى الجميع

الفصل الثاني : إذا لم يمكن الأخذ من بيت المال فليس على القاتل شيء، وهذا أحد قولي الشافعي، لان الدية لزمت العاقلة ابتداء، بدليل أنه لا يطالب بها غيرهم ولا يعتبر تحملهم ولا رضاهم بها ولا تجب على غير من وجبت عليه كالو عدم القاتل فإن الديه لا تجب على أحد كذا ههنا، فعلى هذا إن وجد بعض العاقله حملوا بقسطهم وسقط الباقي فلا يجب على أحد، ويتخرج أن تجب الديه على القاتل إذا تعذر حملها عنه، وهذا القول الثاني للشافعي لعموم قوله ( ودية مسلمة إلى أهله ) ولان قضية الدليل وجوبها على الجاني جبراً للمحل الذي فوته، وانما سقط عن القاتل لقيام العاقله مقامه في جبر المحل، فإذا لم يؤخذ ذلك بقي واجباً عليه بمقتضى الدليل، ولان الامر دائر بين أن يطل دم المقتول وبين ايجاب ديته على المتلف. لا يجوز الاول لان فيه مخالفة الكتاب والسنه وقياس أصول الشريعه فتعين الثاني، ولان اهدار الدم المضمون لا نظير له وايجاب الديه على قاتل الخطأ له نظائر فإن المرتد لما لم يكن له عاقله تجب الديه في ماله، والذمي الذي لا عاقلة له تلزمه الديه، ومن رمى سهما ثم أسلم أو كان مسلما فارتد أو كان عليه الولاء لموالي أمه فانجر الى موالي أبيه ثم أصاب بسهم انسانا فقتله كانت الدية في ماله لتعذر حمل عاقلته عقله، كذلك ههنا فنحرر منه قياسا فنقول: قتيل معصوم في دار الإسلام تعذر حمل عاقلته عقله فوجب على قاتله كهذه الصورة، وهذا أولى من إهدار دماء الاحرار في أغلب الاحوال، فإنه لا يكاد يوجد عاقلة تحمل الديه كلها، ولا سبيل الى الاخذ من بيت المال فتضيع الدماء ويفوت حكم ايجاب الدية

وقولهم ان الدية تجب على العاقلة ابتداء ممنوع، وانما تجب على القاتل ثم تتحملها العاقلة عنه، وان سلمنا وجوبها عليهم ابتداء لكن مع وجودهم، أما مع عدمهم فلا يمكن القول بوجوبها عليهم ثم ما ذكروه منقوض بما أبديناه من الصور فعلى هذا تجب الدية على القاتل ان تعذر حمل جميعها أو باقيها ان حملت العاقلة بعضها والله أعلم

« مسأله » قال ( ودية الحر الكتابي نصف دية الحر المسلم، ونساؤهم على النصف من دياتهم )

هذا ظاهر المذهب، وهو مذهب عمر بن عبد العزيز وعروة ومالك وعمرو

ابن شعيب ، وعن أحمد أنها ثلث دية المسلم إلا أنه رجع عنها فإن صالحا روى عنه أنه قال كنت أقول دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف ، وأنا اليوم أذهب الى نصف دية المسلم حـــديث عمرو بن شعيب ، وحديث عثمان الذى يرويه الزهرى عن سالم عن أبيه وهذا صريح فى الرجوع عنه .

وروى عن عمر وعثمان أن ديته أربعة آلاف درهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وعكرمه وعمرو بن دينار والشافعى وإسحاق وأبو ثور لما روى عبادة بن الصامت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف أربعة آلاف » .

وروى عن عمر رضى الله عنه جعل دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف ودية المجوسى ثمانمائة درهم ، وقال علقمة ومجاهد والشعبى والنخعى والثورى وأبو حنيفة ديته كدية المسلم ، وروى ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود ومعاوية رضى الله عنهم .

وقال ابن عبد البر ، هو قول سعيد بن المسيب والزهرى لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « دية اليهودى والنصرانى مثل دية المسلم » ولأن الله تعالى ذكر فى كتابه دية المسلم فقال « ودية مسلمة الى أهله ) وقال فى الذمى مثل ذلك ولم يفرق فدل على أن ديتهما واحدة ولأنه ذكر حر معصوم فتكمل ديته كالمسلم .

ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « دية المعاهد نصف دية المسلم » وفى لفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى أن عقل الكتابى نصف عقل المسلم » رواه الإمام أحمد .

وفى لفظ « دية المعاهد نصف دية الحر » قال الخطابى ليس فى دية أهل الكتاب شىء أثبت من هذا ولا بأس بإسناده ، وقد قال به أحمد وقول رسول الله ( ص ) أولى ولأنه نقص مؤثر فى الدية فأثر فى تنصيفها كالأنوثة .

وأما حديث عبادة فلم يذكره أهل السنن ؛ والظاهر أنه ليس بصحيح ، وأما حديث عمر فإنما كان ذلك حـــين كانت الدية ثمانية آلاف فأوجب فيه نصفها أربعة آلاف ودليل ذلك ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كانت

قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب يومئذ النصف، فهذا بيان وشرح مزيل للاشكال ففيه جمع للأحاديث فيكون دليلا لنا ولو لم يكن كذلك لكان قول النبي صلى الله عليه وسلم مقدما على قول عمر وغيره بغير إشكال فقد كان عمر اذا بلغه عن النبي (ص) سنة ترك قوله وعمل بها فكيف يسوغ لأحد أن يحتج بقوله فى ترك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم.

فأما ما احتج به الآخرون فان الصحيح من حديث عمرو بن شعيب مارويناه أخرجه الأئمة فى كتبهم دون ما رووه: وأما ماورووه من أقوال الصحابة فقد روى عنهم خلافه فنحمل قولهم فى إيجاب الدية كاملة على سبيل التغليظ.

قال أحمد: إنما غلظ عثمان الدية عليه لأنه كان عمداً فلما ترك القود غلظ عليه، وكذلك حديث معاوية ومثل هذا ما روى عن عمر رضى الله عنه حين انتحر رقيق حاطب ناقة لرجل مزنى فقال لحاطب إنى أراك تجيعهم لأغرمنك غرما يشق عليك فأغرمه مثلى قيمتها: فأما ديات نسائهم فعلى النصف من دياتهم لا نعلم فى هذا خلافا، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل ولأنه لما كان دية نساء المسلم على النصف من دياتهم كذلك نساء أهل الكتاب على النصف من دياتهم.

(فصل) وجراحاتهم من دياتهم كجراح المسلمين من دياتهم وتغلظ دياتهم باجتماع الحرمات عند من يرى تغليظ ديات المسلمين بها كتغليظ ديات المسلمين قال حرب قلت لأبى عبد الله فإن قتل ذميا فى الحرم قال يزاد أيضا على قدره كما يزاد على المسلم، وقال الأثرم قيل لأبى عبد الله جنى على مجوسى فى عينه وفى يده قال يكون بحساب ديته كما أن المسلم يؤخذ بالحساب فكذلك هذا قيل قطع يده، قال بالنصف من ديته.

«مسألة» قال (فإن قتلوه عمداً أضعف الدية على قاتله المسلم لإزالة القود)

هكذا حكم عثمان بن عفان رضي الله عنه؛ هذا يروى عن عثمان رواه أحمد

عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى عن سالم عن أبيه أن رجلا قتل رجلا من أهل الذمة فرفع الى عثمان فلم يقتله وغلظ عليه ألف دينار فصار اليه أحمد اتباعا له وله نظائر فى مذهبه فإنه أوجب على الأعور لما قلع عين الصحيح دية كاملة حين درأ القصاص عنه وأوجب على سارق التمر مثلى قيمته حين درأ عنه القطع ، وهذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم فى سارق التمر فيثبت مثله ههنا ، ولو كان القاتل ذميا أو قتل ذمى مسلماً لم تضعف الدية عليه لأن القصاص عليه واجب فى الموضعين ، وجهور أهل العلم على أن دية الذمى لا تتضاعف بالعمد لعموم الأثر فيها ولأنها ديةواجبة فلم تضاعف كدية المسلم أو كما لو كان القاتل ذمياولا فرق فى الدية بين الذمى وبين المستأمن لأن كل واحد منهما كتابى معصوم الدم ، وأما المرتد والحربى فلا دية لهما لعدم العصمة فيهما .

« مسألة » قال ( ودية المجوسى ثمانمائة درهم ونساؤهم على النصف )

وهذا قول أكثر أهل العلم ، قال أحمد ما أقل ما اختلف فى دية المجوسى ؟ وممن قال ذلك عمر وعثمان وابن مسعود رضى الله عنهم وسعيد بن المسيب وسليمان ابن يسار وعطاء وعكرمة والحسن ومالك والشافعى واسحاق .

وروى عن عمر بن عبد العزيز أنه قال ديته نصف دية المسلم كدية الكتابى لقول النبي (ص) « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » وقال النخعى والشعبى وأصحاب الرأى ديته كدية المسلم لأنه آدمى حر معصوم فاشبه المسلم .

ولنا قول من سمينا من الصحابة ، ولم نعرف لهم فى عصرهم مخالفا فكان إجماعا وقوله « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » يعنى فى أخذ جزيتهم وحقن دمائهم بدليل أن ذبائحهم ونساءهم لاتحل لنا ، ولايجوز اعتباره بالمسلم ولا الكتابى لنقصان دينه وأحكامه عنهما فينبغى أن تنقص ديته كنقص المرأة عن دية الرجل ، وسواء كان المجوسى ذميا أو مستأمنا لأنه محقون الدم ، ونساؤهم على النصف من دياتهم بإجماع وجراح كل واحد معتبرة من ديته ، وان قتلوا عمداً أضعفت الدية على القاتل المسلم لازالة القود ، نص عليه أحمد قياسا على الكتابى

(فصل) فأما عبدة الأوثان وسائر من لا كتاب له كالترك ومن عبد ما استحسن

فلا دية لهم (١) ، وإنما تحقن دماؤهم بالأمان ، فإذا قتل من له أمان منهم فديته دية مجوسى لأنها أقل الديات فلا تنقص عنها ، ولأنه كافر ذو عهد لا تحل منا كحته فأشبه المجوسى .

( فصل ) ومن لم تبلغه الدعوة من الكفار إن وجد لم يجز قتله حتى يدعى فان قتل قبل الدعوة من غير أن يعطى أمانا فلا ضمان فيه ، لأنه لا عهد له ولا إيمان فأشبه إمرأة الحربى وابنه الصغير ، وإنما حرم قتله ليبلغه الدعوة ، وهذا قول قول أبى حنيفة ، وقال أبو الخطاب . يضمن بما يضمن به أهل دينه ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه محقون الدم أشبه من له أمان ؛ والاول أولى : فان هذا ينتقض بصبيان أهـــل الحرب ومجانينهم ، ولأنه كافر لا عهد له فلم يضمن كالصبيان والمجانين ، فأما إذا كان له عهد فله دية أهل دينه ، فان لم يعرف دينه ففيه دية المجوسى لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه .

« مسأله » قال ( ودية الحرة المسلمه نصف دية الحر المسلم )

قال ابن المنذر وابن عبد البر : أجمع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل وحكى غيرهما عن ابن عليه والاصم أنهما قالا : ديتها كدية الرجل لقوله عليه السلام « فى النفس المؤمنه مائة من الابل » وهذا قول شاذ يخالف إجماع الصحابه وسنة النبي صلى الله عليه وسلم، فإن فى كتاب عمرو بن حزم دية المرأة على النصف من دية الرجل ، وهى اخص مما ذكروه وهما فى كتاب واحد فيكون ماذكرنا مفسراً لما ذكروه مخصصا له ، ودية نساء كل أهل دين على النصف من دية رجالهم على ما قدمنا فى موضعه .

« مسأله » قال ( وتساوى جراح المرأة جراح الرجل إلى ثلث الدية ، فإن جاوز الثلث فعلى النصف )

وروى هذا عن عمر وابن عمر وزيد بن ثابت ، وبه قال سعيد بن المسيب وعمر ابن عبد العزيز وعروة بن الزبير والزهرى وقتادة والأعرج وربيعة ومالك .

---

( ١ ) فى نسخة فلا ذمة لهم .

قال ابن عبد البر : وهو قول فقهاء المدينة السبعة وجمهور أهل المدينة . وحكى عن الشافعى فى القديم . وقال الحسن : يستويان الى النصف ، وروى عن على رضى الله عنه أنها على النصف فيما قل وكثر ، وروى ذلك عن ابن سيرين ، وبه قال الثورى والليث وابن أبى ليلى وابن شبرمه وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور والشافعى فى ظاهر مذهبه . واختاره ابن المنذر لأنهما شخصان تختلف ديتهما فاختلف أرش أطرافهما كالمسلم والكافر ، ولأنها جناية لها أرش مقدر فكان من المرأة على النصف من الرجل كاليد ، وروى عن ابن مسعود أنه قال : تعاقل المرأة الرجل إلى نصف عشر الدية ، فإذا زاد على ذلك فهى على النصف لأنها تساويه فى الموضحة .

ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال . قال رسول الله (ص) « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها » أخرجه النسائى ، وهو نص يقدم على ما سواه .

وقال ربيعة : قلت لسعيد بن المسيب كم فى أصبع المرأة ؟ قال عشر ، قلت ففى أصبعين ؟ قال عشرون ، قلت ففى ثلاث أصابع ؟ قال ثلاثون ، قلت ففى أربع قال عشرون . قال قلت : لما عظمت مصيبتها قل عقلها ؟ قال : هكذا السنة يا ابن أخى . وهذا مقتضى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، رواه سعيد بن منصور . ولانه إجماع الصحابة رضى الله عنهم إذ لم ينقل عنهم خلاف ذلك إلا عن على ، ولا نعلم ثبوت ذلك عنه ، ولان ما دون الثلث يستوى فيه الذكر والانثى بدليل الجنين ، فإنه يستوى فيه الذكر والانثى ، فأما الثلث نفسه فهل يستويان فيه ؟ على روايتين

إحداهما : يستويان فيه ، لأنه لم يعتبر حد القلة ، ولهذا صحت الوصية به . وروى أنهما يختلفان فيه ، وهو الصحيح لقوله عليه السلام « حتى يبلغ الثلث » وحتى للغاية ، فيجب أن تكون مخالفة لما قبلها لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية) ولان الثلث فى حد الكثرة لقوله عليه السلام « الثلث والثلث كثير » .

( فصل ) فأما دية نساء سائر أهل الاديان فقال أصحابنا : تساوى دياتهن ديات رجالهم الى الثلث لعموم قوله عليه السلام « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى

يبلغ الثلث من ديتها ، ولان الواجب دية امرأة فساوت دية الرجل من أهل دينها كالمسلمين ، ويحتمل أن تساوى المرأة الرجل الى قدر ثلث ديه الرجل المسلم لانه القدر الكثير الذى يثبت فيه التنصيف في الاصل وهو دية المسلم

« مسأله » قال ( ودية العبد والامة قيمتها بالغة ما بلغ ذلك )

قد تقدم شرح هذه المسأله فيما مضى ولا فرق فى هذا الحكم بين القن من العبيد والمدبر والمكاتب وأم الولد ، قال الخطابى : أجمع عوام الفقهاء على أن المكاتب عبد ما بقى عليه درهم فى جنايته والجناية عليه ، الا ابراهيم النخعى فإنه قال فى المكاتب : يؤدى بقدر ما أدى من كتابته دية الحر ، وما بقى دية العبد . وروى فى ذلك شيء عن على رضى الله عنه

وقد روى أبو داود فى سننه والامام أحمد فى مسنده قال حدثنا محمد بن عبد الله حدثنا هشام بن أبى عبدالله قال : حدثنى يحيى بن أبى كثير عن عكرمه عن ابن عباس قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المكاتب يقتل أنه يودى ما أدى من كتابته دية الحر وما بقى دية العبد ، قال الخطابى . وإذا صح الحديث وجب القول به إذا لم يكن منسوخا أو معارضا بما هو أولى منه .

« مسأله » قال ( ودية الجنين إذا سقط من الضرب ميتا وكان من حرة مسلمه غرة عبد أو أمه قيمتها خمس من الابل موروثه عنه كأنه سقط حيا )

يقال غرة عبد بالصفه وغرة عبد بالاضافه والصفه أحسن لان الغرة اسم للعبد نفسه . قال مهلهل :

كل قتيل فى كليب غره حتى ينال القتل إلى مره

فى هذه المسأله فصول خمسه أحدها : أن فى جنين الحرة المسلمه غرة ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم عمر بن الخطاب وعطاء والشعبى والنخعى والزهرى ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى

وقد روى عن عمر رضى الله عنه « أنه استشار الناس فى أملاص المرأة فقال المغيرة بن شعبه : شهدت النبى صلى الله عليه وسلم قضى فيه بغرة عبد أو أمه ، قال لتأتين بمن يشهد معك فشهد له محمد بن مسلمه »

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال « اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها ، فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن دية جنينها عبد أو أمة ، وقضى بديه المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم » متفق عليه ، والغرة عبد أو أمة ، سميا بذلك لأنهما من أنفس الأموال ، والأصل في الغرة الخيار .

فإن قيل فقد روي في هذا الخبر « أو فرس أو بغل »

قلنا هذا لا يثبت رواه عيسى بن يونس ووهم فيه . قاله أهل النقل ، والحديث الصحيح المتفق عليه إنما فيه « عبد أو أمة »

فأما قول الخرقي : من حرة مسلمة ، فإنما أراد أن جنين الحرة المسلمة لا يكون إلا حراً مسلما ، فمتى كان الجنين حراً مسلما ففيه الغرة ، وان كانت أمه كافرة أو أمة مثل أن يتزوج المسلم كتابية فإن جنينها منه محكوم بإسلامه وفيه الغرة ، ولا يرث منها شيئا لأنه مسلم وولد السيد من أمته وولد المغرور من أمة حر ، وكذلك لو وطئت الأمة بشبهة فولدها حر وفيه الغرة . فأما ان كان الجنين محكوما برقه لم تجب فيه الغرة وسيأتي بيان حكمه .

وأما جنين الكتابيه والمجوسيه إذا كان محكوما بكفره ففيه عشر دية أمه . وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي .

قال ابن المنذر : ولم أحفظ عن غيرهم خلافهم ، وذلك لان جنين الحرة المسلمة مضمون بعشر دية أمه فكذلك جنين الكافرة ، إلا أن أصحاب الرأي يرون أن دية الكافرة كدية المسلمة فلا يتحقق عندهم بينهما اختلاف ، فإن كان أبوا الجنين كافرين مختلفاً دينهما كولد الكتابي من المجوسية والمجوسي من الكتابية اعتبرناه بأكثرهما ديه فنوجب فيه عشر دية كتابية على كل حال ، لأن ولد المسلمة من الكافرة معتبر بأكثرهما دية كذا ههنا ، ولا فرق فيما ذكرناه بين كون الجنين ذكرا أو أنثى ، لأن السنة لم تفرق بينهما ، وبه يقول الشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وعامة أهل العلم ، ولو ضرب بطن كتابية حاملا من كتابي فأسلم أحد أبويه ثم أسقطته ففيه الغرة في قول ابن حامد والقاضي وهو ظاهر كلام أحمد ومذهب الشافعي ، لان الضمان معتبر بحال استقرار الجناية والجنين محكوم بإسلامه

عند استقرارها ، وفى قول أبى بكر وأبى الخطاب : فيه عشر دية كتابية ، لأن الجناية عليه فى حال الغرة ، وإن ضرب بطن أمة فأعتقت ثم ألقت الجنين ؛ قول ابن حامد والقاضى فيه غرة ، وفى قول أبى بكر وأبى الخطاب فيه عشر قيمة أمه لان الجناية عليه فى حال كونه عبداً ويمكن منع كونه عبداً ويمكن منع كونه صار حراً ، لان الظاهر تلفه بالجناية وبعد تلفه لايمكن تحريره ، وعلى قول هذين يكون الواجب فيه لسيده : وعلى قول ابن حامد للسيد أقل الأمرين من الغرة أو عشر قيمة أمه ، لان الغرة إن كانت أكثر لم يستحق الزيادة لانها زادت بالحرية الحاصلة بزوال ملكه ، وإن كانت اقل لم يكن له أكثر منها لان النقص حصل بإعتاقه فلا يضمن له ، كما لو قطع يد عبد فأعتقه سيده ثم مات بسراية الجناية كان له اقل الأمرين من دية حر او نصف قيمته ، وما فضل عن حق السيد لورثة الجنين

فأما إن ضرب بطن الامة فأعتق السيد جنينها وحده نظرت فإن أسقطته حياً لوقت يعيش مثله ففيه دية حر نص عليه أحمد ، وإن كان لوقت لا يعيش مثله ففيه غرة لانه حر على قول ابن حامد ، وعلى قول أبى بكر عليه عشر قيمة أمه ؛ وإن أسقطته ميتا ففيه عشر قيمة أمه لاننا لا نعلم كونه حيا حال إعتاقه ، ويحتمل أن تجب عليه الغرة لان الاصل بقاء حياته فأشبه ما لو أعتق أمه

الفصـــل الثانى . ان الغرة إنما تجب إذا سقط من الضربه . ويعلم ذلك بأن يسقط عقيب الضرب او ببقائها متألمة إلى ان يسقط ، ولو قتل حاملا لم يسقط جنينها او ضرب من فى جوفها حركة او انتفاخ فسكن الحركة واذهبها لم يضمن الجنين وبهذا قال مالك وقتادة والاوزاعى والشافعى وإسحاق وابن المنذر ، وحكى عن الزهرى ان عليه الغرة لان الظاهر انه قتل الجنين فلزمته الغرة كما لو اسقطت

ولنا انه لا يثبت حكم الولد إلا بخروجه ولذلك لاتصح له وصيه ولا ميراث ولان الحركة يجوز ان تكون لريح فى البطن سكنت ولا يجب الضمان بالشك ، فأما اذا ألقته ميتا فقد تحقق والظاهر تلفه من الضربة فيجب ضمانه سواء القته فى حياتها او بعد موتها ، وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك وابو حنيفه إن ألقته بعد موتها لم يضمنه لانه يجرى مجرى أعضائها وبموتها سقط حكم أعضائها

ولنا أنه جنين تلف بجنايته وعلم ذلك بخروجه فوجب ضمانه كما لو سقط فى

حياتها ولانه لو سقط حيا ضمنه فكذلك إذا سقط ميتا كما لو أسقطته فى حياتها وماذكروه ليس بصحيح لانه لو كان كذلك لكان إذا سقط ميتا ثم ماتت لم يضمنه كأعضائها ولانه آدمي موروث فلا يدخل فى ضمان أمه كما لو خرج حيا . فأما ان ظهر بعضه من بطن أمه ولم يخرج باقيه ففيه الغرة ؛ وبه قال الشافعي

وقال مالك وابن المنذر : لاتجب الغرة حتى تلقيه لان النبي صلى الله عليه وسلم انما اوجب الغرة فى الجنين الذى ألقته المرأة وهذه لم تلق شيئا أشبه ما لو لم يظهر منه شيء . ولنا أنه قاتل لجنينها فلزمته الغرة كما لو ظهر جميعه . ويفارق ما لو لم يظهر منه شيء لانه لم يتيقن قتله ولا وجوده

وكذلك ان ألقت يداً أو رجلا أو رأسا او جزءاً من أجزاء الادمي وجبت الغرة لانا تيقنا انه من جنين ، وان القت رأسين او اربع ايد لم يجب أكثر من غرة لان ذلك يجوز أن يكون من جنين واحد . ويجوز أن يكون من جنينين فلم تجب الزيادة مع الشك لان الاصل براءة الذمة ، وكذلك لم يجب ضمانه اذا لم يظهر ، فإن أسقطت ما ليس فيه صورة آدمي فلا شيء فيه لانا لا نعلم أنه جنين .

وإن ألقت مضغة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفيه ففيه غرة ؛ وان شهدت أنه مبتدأ خلق آدمي لو بقي تصور ففيه وجهان . أصحهما : لاشيء فيه لانه لم يتصور فلم يجب فيه كالعلقة . ولان الاصل براءة الذمه فلا نشغلها بالشك والثانى فيه غرة لانه مبتدأ خلق آدمي اشبه مالو تصور وهذا يبطل بالنطفه والعلقه

الفصل الثالث : ان الغرة عبد او امه . وهذا قول أكثر أهل العلم . وقال عروة وطاوس ومجاهد : عبد أو أمة او فرس ، لان الغرة اسم لذلك . وقد جاء فى حديث أبي هريرة قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الجنين بغرة عبد أو أمه او فرس او بغل »

وجعل ابن سيرين مكان الفرس مائه شاة ونحوه قال الشعبي ، لانه روى فى حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه جعل فى ولدها مائة شاة . رواه أبو داود وروى عن عبد الملك بن مروان انه قضى فى الجنين اذا املص بعشرين ديناراً فإذا كان مضغة فأربعين ، فإذا كان عظما فستين فاذا كان العظم قد كسي لحما فثمانين

فإن تم خلقه وكسى شعره فمائة دينار ، قال قتادة : اذا كان علقة فثلث غرة وإذا كان مضغة فثلثى غرة .

ولنا قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فى إملاص المرأة بعبد أو أمة . وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قاضية على ماخالفها . وذكر الفرس والبغل فى الحديث وهم انفرد به عيسى بن يونس عن سائر الرواة فالظاهر أنه وهم فيه وهو متروك فى البغل بغير خلاف وكذلك فى الفرس ، وهذا الحديث الذى ذكرناه أصح ماروى فيه وهو متفق عليه . وقد قال به أكثر أهل العلم فلا يلتفت الى ما خالفه وقول عبد الملك بن مروان تحكم بتقدير لم يرد به الشرع ، وكذلك قتادة ، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق بالاتباع من قولها .

إذا ثبت هذا فإنه تلزمه الغرة فان أراد دفع بدلها ورضى المدفوع اليه جاز لأنه حق آدمى فجاز ماتراضيا عليه وأيهما امتنع من قبول البدل فله ذلك لأن الحق فيها فلا يقبل بدلها إلا برضاهما وتجب الغرة سالمة من العيوب ، وان قل العيب لأنه حيوان وجب بالشرع فلم يقبل فيه المعيب كالشاة فى الزكاة لأن الغرة الخيار والمعيب ليس من الخيار ولا يقبل فيها هرمة ولا ضعيفة ولا خنثى ولا خصى ، وان كثرت قيمته لان ذلك عيب ، ولا يتقدر سنها فى ظاهر كلام الخرقى ، وهو قول أبى حنيفة .

وقال القاضى وأبو الخطاب وأصحاب الشافعى لا يقبل فيها من له دون سبع سنين لانه يحتاج الى من يكفله ويحضنه وليس من الخيار ، وذكر بعض أصحاب الشافعى أنه لا يقبل فيها غلام بلغ خمسة عشر سنة لأنه لا يدخل على النساء ولا ابنة عشرين لانها تتغير ، وهذا تحكم لم يرد الشرع به فيجب أن لايقبل وما ذكروه من الحاجة الى الكفالة باطل بمن له فوق السبع ، ولان بلوغه قيمة الكبير مع صغره يدل على أنه خيار ولم يشهد لما ذكروه نص ولا له نظير يقاس عليه والشاب البالغ أكمل من الصبى عقلا وبنية وأقدر على التصرف وأنفع فى الخدمة وقضاء الحاجه وكونه لايدخل على النساء إن أريد به النساء الاجنبيات بلا حاجة الى دخوله عليهن وان أريد به سيدته فليس بصحيح ، فإن الله تعالى قال ( ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم — إلى قوله — ليس عليكم ولا عليهم جناح

بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض ثم لو لم يدخل على النساء لحصل من نفعه أضعاف ما يحصل من دخوله وفوات شيء الى ما هو أنفع منه لا يعد فواتا كمن اشترى بدرهم ما يساوى عشرة لا يعد فواتا ولا خسرانا ولا يعتبر لون الغرة وذكر عن أبي عمرو بن العلاء أن الغرة لا تكون إلا بيضاء ولا يقبل عبد أسود ولا جارية سوداء .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بعبد أو أمة وأطلق مع غلبة السواد على عبيدهم وإمائهم ولأنه حيوان يجب ديه فلم يعتبر لونه كالإبل فى الدية .

الفصل الرابع : أن الغرة قيمتها نصف عشر الدية وهى خمس من الإبل ، وروى ذلك عن عمر وزيد رضى الله عنهما ، وبه قال النخعى والشعبي وربيعة وقتادة ومالك والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى ، ولأن ذلك أقل ما قدره الشرع فى الجنايات وهو أرش الموضحة ودية السن فرددناه اليه .

فان قيل : فقد وجب فى الأنملة ثلاثة أبعرة وثلث وذلك دون ما ذكرتموه قلنا : الذى نص عليه صاحب الشريعة غرة قيمتها أرش الموضحة وهو خمس من الإبل ، وإذا كان أبوا الجنين كتابيين ففيه غرة قيمتها نصف قيمة الغرة الواجبة فى المسلم وفى جنين المجوسية غرة قيمتها أربعون درهما واذا تعذر وجود غرة بهذه الدراهم وجبت الدراهم لأنه موضع حاجة ، وإذا اتفق نصف عشر الدية من الاصول كلها بأن تكون قيمتها خمساً من الإبل وخمسين ديناراً أو ستمائة درهم فلا كلام .

وان اختلفت قيمة الابل فنصف عشر الدية من غيرها مثل أن كانت قيمة الابل أربعين ديناراً أو أربعمائة درهم ، فظاهر كلام الخرقى أنها تقوّم بالابل لأنها الأصل وعلى قول غيره من أصحابنا تقوم بالذهب أو الورق فجعل قيمتها خمسين ديناراً أو ستمائة درهم ، فإن اختلفا قومت على أهل الذهب به وعلى أهل الورق به فان كان من أهل الذهب والورق جميعا قومها من هى عليه بما شاء منهما لان الخيرة الى الجانى فى دفع ما شاء من الاصول . ويحتمل أن تقوم بأدناهما على كل حال لذلك ، وإذا لم يجد الغرة انتقل الى خمس من الابل على قول الخرقى ، وعلى قول غيره ينتقل الى خمسين ديناراً أو ستمائة درهم .

الفصل الخامس : أن الغرة موروثة عن الجنين كأنه سقط حيا لأنها دية له وبدل عنه فيرثها ورثته كما لو قتل بعد الولادة ، وبهذا قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى . وقال الليث : لا تورث بل تكون بدله لأمه لأنه كعضو من أعضائها فأشبه يدها .

ولنا أنها دية آدمى حر فوجب أن تكون موروثة عنه كما لو ولدته حيا ثم مات وقوله إنه عضو من أعضائها لا يصح لانه لو كان عضواً لدخل بدله فى دية أمه كيدها ولما منع من القصاص من أمه وإقامة الحد عليها من أجله ولما وجبت الكفارة بقتله ولما صح عتقه دونها ولا عتقها دونه ولا تصور حياته بعد موتها ، ولان كل نفس تضمن بالدية تورث كدية الحى فعلى هذا إذا أسقطت جنينا ميتا ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من ديته ثم يرثها ورثته ، وان ماتت قبله ثم ألقته ميتا لم يرث أحدهما صاحبه .

وإن خرج حيا ثم مات قبلها ثم ماتت فانها ترث نصيبها من ديته ثم يرثها ورثتها وان ماتت قبله ثم ألقته ميتا لم يرث أحدهما صاحبه ، وان خرج حيا ثم ماتت قبله ثم مات أو ماتت ثم خرج حيا ثم مات ورثها ثم يرثه ورثته ، وان اختلف وراثهما فى أولهما موتا فحكمهما حكم الغرقى على ما ذكر فى موضعه ويجيء على قول الخرقى فى المسألة التى ذكرها إذا ماتت إمرأة وابنها أن يحلف ورثة كل واحد منهما ويختصوا بميراثه .

وان ألقت جنينا ميتا أو حيا ثم مات ثم ألقت آخر حيا ففى الميت غرة وفى الحى الأول دية كاملة إذا كان سقوطه لوقت يعيش مثله ويرثهما الآخر ثم يرثه ورثته إن مات ، وان كانت الام قد ماتت بعد الأول وقبل الثانى فان دية الاول ترث منها الام والجنين الثانى ثم إذا ماتت الام ورثها الثانى ثم يصير ميراثه لورثته ، وان ماتت الام بعدهما ورثتهما جميعا .

( فصل ) واذا ضرب بطن امرأة فألقت أجنة ففى كل واحد غرة ، وبهذا قال الزهرى ومالك والشافعى وإسحاق وابن المنذر، قال ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم وذلك لانه ضمان آدمى فتعدد بتعدده كالديات وإن ألقتهم أحياء فى وقت يعيشون

فى مثله ثم ماتوا فنى كل واحدة دية كاملة وإن كان بعضهم حياً فمات وبعضهم ميتاً ففى الحى دية وفى الميت غرة .

( فصــــل ) وتحمل العاقلة دية الجنين إذا مات مع أمه ، نص عليه أحمد إذا كانت الجناية عليها خطأ أو شبه عمد لما روى المغيرة بن شعبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى الجنين بغرة عبد أو أمة على عصبة القاتلة ، وان كان قتل الأم عمداً أو مات الجنين وحده لم تحمله العاقلة ، وقال الشافعى تحمله العاقلة على كل حال بناء على قوله إن العاقلة تحمل القليل والكثير والجناية على الجنين ليست بعمد لأنه لا يتحقق وجوده ليكون مقصوداً بالضرب .

ولنا أن العاقلة لا تحمل ما دون الثلث على ما ذكرناه وهذا دون الثلث وإذا مات وحده أو من جناية عمد فدية أمه على قاتلها فكذلك ديته لان الجناية لا يحمل بعض ديتها الجانى وبعضها غيره فيكون الجميع على القاتل كما لو قطع عمداً فسرت الجناية الى النفس .

« مسألة » قال ( وان كان الجنين مملوكا ففيه عشر قيمة أمه ســـواء كان الجنين ذكراً أو أنثى )

وجملة ذلك : أنه إذا كان جنين الأمة مملوكا فسقط من الضربة ميتا ففيه عشر قيمة أمه ، هذا قول الحسن وقتادة ومالك والشافعى وإسحاق وابن المنذر وبنحوه قال النخعى والزهرى .

وقال زيد بن أسلم يجب فيه نصف عشر غرة وهو خمسة دنانير ، وقال الثورى وأبو حنيفة وأصحابه يجب فيه نصفـــ عشر قيمته ان كان ذكراً وعشر قيمته ان كان أنثى لأن الغرة واجبة فى جنين الحرة نصف عشر دية الرجل وعشر دية الانثى وهذا متلف فاعتباره بنفسه أولى من اعتباره بأمه ، ولأنه جنين مضمون تلفـــ بالضربة فكان فيه نصفـ عشر الواجب فيه إذا كان ذكراً كبيراً وعشر الواجب إذا كان أنثى كجنين الحرة .

وقال محمد بن الحسن مذهب أهل المدينة يفضى الى أن يجب فى الجنين الميت أكثر من قيمته إذا كان حيا .

ولنا أنه جنين مات بالجناية فى بطن أمه فلم يختلف ضمانه بالذكورة والأنوثة كجنين الحرة ودليلهم نقلبه عليهم فنقول جنين مضمون تلف بالجناية فكان الواجب فيه عشر ما يجب فى أمه كجنين الحرة وما ذكروه من مخالفة الأصل معارض بأن مذهبهم يفضى الى تفضيل الأنثى على الذكر وهو خلاف الأصول ولأنه لو اعتبر بنفسه لوجبت قيمته كلها كسائر المضمونات بالقيمة، ولأن مخالفتهم أشد من مخالفتنا لأننا اعتبرناه إذا كان ميتا بأمه وإذا كان حيا بنفسه فجاز أن تزيد قيمة الميت على الحى مع اختلاف الجهتين كما جاز أن يزيد البعض على الكل فى أن من قطع أطراف انسان الاربعة كان الواجب عليه أكثر من دية النفس كلها وهم فضلوا الأنثى على الذكر مع اتحاد الجهة وأوجبوا فيما يضمن بالقيمة عشر قيمته تارة ونصف عشرها أخرى وهذا لا نظير له .

اذا ثبت هذا فإن قيمة أمه معتبرة يوم الجناية عليها وهذا منصوص الشافعى وقال بعض أصحابه تقوم حين أسقطت لان الاعتبار فى ضمان الجناية بالاستقرار ويتخرج لنا وجه كذلك .

ولنا أنه لم يتخلل بين الجناية وحال الاستقرار ما يوجب تغيير بدل النفس فكان الاعتبار بحال الجناية كما لو جرح عبداً ثم نقصت السوق لكثرة الجلب ثم مات فإن الاعتبار بقيمته يوم الجناية ولأن قيمتها تتغير بالجناية وتنقص فلم تقوم فى حال نقصها الحاصل بالجناية كما لو قطع يدها فماتت من سرايتها أو قطع يدها فرضت بذلك ثم اندملت جراحتها .

( فصل ) وولد المدبرة والمكاتبة والمعتقة بصفة وأم الولد اذا حملت من غير مولاها حكمه حكم ولد الأمة لأنه مملوك ولا تحمل العاقلة شيئا من ذلك لأن العاقلة لا تحمل عبداً بحال ، فأما جنين المعتق بعضها فهو كهى فيه من الحرية مثل ما فيها فإذا كان نصفها حراً فنصفه حر فيه نصف غرة لورثته وفى النصف الباقى نصف عشر قيمة أمه لسيده .

( فصل ) وان وطىء أمة بشبهة أو غر بأمة فتزوجها وأحبلها فضربها ضارب فألقت جنينا فهو حر وفيه غرة موروثة عنه لورثته وعلى الواطىء عشر قيمتها لسيدها لأنه لولا اعتقاد الحرية لكان هذا الجنين مملوكا لسيده على ضاربه عشر قيمة أمه فلما

انعتق بسبب الوطء فقد حال بين سيدها وبين هذا القدر فألزمناه ذلك للسيد سواء كان بقدر الغرة أو أكثر منها أو أقل .

( فصل ) اذا سقط جنين ذمية قد وطئها مسلم وذمى فى طهر واحد وجب فيه اليقين وهو ما فى جنين الذمى ، فإن ألحق بعد ذلك بالذمى فقد وفى ما عليه ، وان ألحق بمسلم فعليه تمام الغرة ، وان ضرب بطن نصرانية فأسقطت وادعت أو ادعى ورثته انه من مسلم حملت به من وطء شبهة أو زنا فاعترف الجانى فعليه غرة كامله وان كان مما تحمله العاقله فاعترف أيضا فالغرة عليها ، وان أنكرت حلفت وعليها ما فى جنين الذميين والباقى على الجانى لأنه ثبت باعترافه والعاقله لا تحمل اعترافاً وان اعترفت العاقلة دون الجانى فالغرة عليها مع دية أمه ، وان أنكر الجانى والعاقلة فالقول قولهم مع ايمانهم اننا لا نعلم ان هذا الجنين من مسلم ولا تلزمهم اليمين على البت لأنها يمين على النفى فى فعل الغير ، فإذا حلفوا وجبت دية ذمى ، لان الاصل أن ولدها تابع لها ولان الاصل براءة الذمة ، وان كان مما لا تحمله العاقله فالقول قول الجانى وحده مع يمينه ، ولو كانت النصرانية امرأة مسلم فادعى الجانى أن الجنين من ذمى بوطء شبهة أو زنا فالقول قول ورثة الجنين ، لأن الجنين محكوم بإسلامه فإن الولد للفراش .

( فصـــل )

وإذا كانت الأمة بين شريكين فحملت بمملوك فضربها أحدهما فأسقطت فعليه كفارة لأنه أتلف آدميا ويضمن لشريكه نصف عشر قيمة أمه ويسقط ضمان نصيبه لأنه ملكه وإن أعتقها الضارب بعد ضربها وكان معسراً ثم أسقطت عتق نصيبه منها ومن ولدها وعليه لشريكه نصف عشر قيمة الأم وعليه نصف غرة من أجل النصف الذى صار حراً يورث عنه بمنزلة مال الجنين ترث أمه منه بقدر ما فيها من الحرية

والباقى لباقى ورثته ، هذا قول القاضى وقياس قول أبى بكر وأبى الخطاب لا يجب على الضارب ضمان ما أعتقه لأنه حين الجناية لم يكن مضمونا عليه والاعتبار فى الضمان بحال الجناية وهى الضرب ولهذا اعتبرنا قيمة الأم حال الضرب وهذا قول بعض أصحاب الشافعى وهذا أصح ان شاء الله لان الاتلاف حصل بفعل غير

مضمون فأشبه ما لو جرح حربيا فأسلم ثم مات بالسراية ، ولأن موته يحتمل أن يكون قد حصل بالضرب فلا يتجدد ضمانه بعد موته ، والاصل براءة ذمته ، وإن كان المعتق موسراً سرى العتق اليها والى جنينها وفى الضمان الوجهان ، فعلى قول القاضى فى الجنين غرة موروثة عنه ، وعلى قياس قول أبى بكر عليه ضمان نصيب شريكه من الجنين بنصف عشر قيمة أمه ولا يضمن أمه لأنه قد ضمنها باعتاقها فلا يضمنها بتلفها ، وان كان المعتق الشريك الذى لم يضرب وكان معسراً فلا ضمان على الشريك فى نصيبه لأن العتق لم يسر اليه وعليه فى نصيب شريكه من الجنين نصف غرة يرثها ورثته على قول القاضى ، وعلى قياس قول أبى بكر يضمن نصيب شريكه بنصف عشر قيمة أمه يكون لسيده اعتباراً بحال الجناية ، وكذلك الحكم فى ضمان الأم إذا ماتت من الضربة ، وإن كان المعتق موسراً سرى العتق إليهما وصارا حرين وعلى المعتق ضمان نصف الام ، ولا يضمن نصف الجنين لأنه يدخل فى ضمان الام كما يدخل فى بيعها ، وعلى الضارب ضمان الجنين بغرة موروثة عنه على قول القاضى ، وعلى قياس قول أبى بكر يضمن نصيب الشريك بنصف عشر قيمة أمه وليس عليه ضمان نصيبه لانه ملكه حال الجناية عليه .

وأما ضمان الام ففى أحد الوجهين فيها دية حرة لسيدها منها أقل الأمرين من ديتها أو قيمتها ، وعلى الآخر يضمنها بقيمتها لسيدها ، كما تقدم من قطع يد عبد ثم أعتق ومات .

( فصل )

ولو ضرب بطن أمته ثم أعتقها ثم أسقطت جنينا ميتا لم يضمنه فى قياس قول أبى بكر لأن جنايته لم تكن مضمونة فى ابتدائها فلم يضمن سرايتها ، كما لو جرح مرتداً فأسلم ثم مات ، ولأن موت الجنين يحتمل أنه حصل بالضربة فى مملوكه ولم يتجدد بعد العتق ما يوجب الضمان ، وعلى قول ابن حامد عليه غرة لا يرث منها شيئا لان اعتبار الجناية بحال استقرارها ، ولو كانت الأمة لشريكين فضرباها ثم أعتقاها معاً فوضعت جنينا ميتاً فعلى قول أبى بكر على كل واحد منهما نصف عشر قيمة أمه لشريكه : لأن كل واحد منهما جنى على الجنين ونصفه له فسقط عنه ضمانه ولزم ضمان نصفه الذى لشريكه بنصف عشر قيمة أمه اعتباراً

بحال الجناية ، وعلى قول ابن حامد على كل واحد منهما نصف الغرة للأم منها الثلث وباقيها للورثة ولا يرث القاتل منها شيئا .

( فصل ) إذا ضرب ابن المعتقه الذى أبوه عبد بطن امرأة ثم أعتق أبوه ثم أسقطت جنينا وماتت احتمل أن تكون ديتها فى مال الجانى على ما تقدم ذكره واحتمل أن تكون الدية على مولى الام وعصباته فى قياس قول أبى بكر اعتبارا بحال الجناية . وعلى قياس قول ابن حامد على مولى الاب وأقاربه اعتبارا بحال الاسقاط ، وان ضرب ذمى بطن امرأته الذمية ثم أسلم ثم أسقطت لم تحمله عاقلته وان ماتت معه فكذلك لان عاقلته المسلمين لا يعقلون عنه ، لانه كان حين الجناية ذمياً وأهل الذمة لا يعقلون عنه ، لانه حين الاسقاط مسلم ، ويحتمل أن يكون عقله فى قياس قول أبى بكر على عاقلته من أهل الذمة اعتبارا بحال الجناية ويكون فى الجنين ما يجب فى الجنين الكافر : لانه حين الجناية محكوم بكفره ، وعلى قياس قول ابن حامد تجب فيه غرة كاملة ، ويكون عقله وعقل أمه على عاقلته المسلمين اعتباراً بحال الاستقرار .

« مسألة » قال ( وان ضرب بطنها فألقت جنينا حياً ثم مات من الضربة ففيه دية حر ان كان حرا أو قيمته ان كان مملوكا اذا كان سقوطه لوقت يعيش لمثله ، وهو أن يكون لستة أشهر فصاعداً )

هذا قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن فى الجنين يسقط حيا من الضرب دية كامله ، منهم زيد بن ثابت وعروة والزهرى والشعبى وقتادة وابن شبرمة ومالك والشافعى واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وذلك لانه مات من جنايته بعد ولادته فى وقت يعيش لمثله فاشبه قتله بعد وضعه ، وفى هذه المسألة ثلاثة فصول :

أحدها أنه انما يضمن بالدية اذا وضعته حيا ، ومتى علمت حياته ثبت له هذا الحكم ، سواء ثبتت باستهلاله أو ارتضاعه أو بنفسه أو عطاسه أو غيره من الامارات التى تعلم بها حياته ، هذا ظاهر قول الخرقى وهو مذهب الشافعى . وروى عن أحمد أنه لا يثبت له حكم الحياة الا بالاستهلال ، وهذا قول الزهرى

وقتادة ومالك وإسحاق ، وروى معنى ذلك عن عمر رضى الله عنه وابن عباس والحسن بن على وجابر رضى الله عنهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا استهل المولود ورث وورّث » مفهومه أنه لا يرث إذا لم يستهل ، والاستهلال الصياح ، قاله ابن عباس والقاسم والنخعى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما من مولود يولد إلا مسه الشيطان فيستهل صارخا ، إلا مريم وابنها » فلا يجوز غير ما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم : والأصل فى تسمية الصياح استهلالا أن من عادة الناس أنهم اذا رأوا الهلال صاحوا وأراه بعضهم بعضا . فسمى صياح المولود استهلالا لأنه فى ظهوره بعد خفائه كالهلال وصياحه كصياح من يتراآه .

ولنا أنه علمت حياته فأشبه المستهل ، والخبر يدل بمعناه وتنبيهه على ثبوت الحكم فى سائر الصور لأن شربه اللبن أدل على حياته من صياحه وعطاسه صوت منه كصياحه ، وأما الحركة والاختلاج المنفرد فلا يثبت به حكم الحياة لأنه قد يتحرك بالاختلاج وسبب آخر وهو خروجه من مضيق ، فإن اللحم يختلج سيما اذا عصر ثم ترك فلم تثبت بذلك حياته .

الفصل الثانى : أنه انما يجب ضمانه اذا علم موته بسبب الضربة ويحصل ذلك بسقوطه فى الحال وموته متألما الى أن يموت أو بقاء أمه متألمة الى أن تسقطه ، فيعلم بذلك موته بالجناية ، كما لو ضرب رجلا فمات عقيب ضربه أو بقى ضمنا حتى مات ، وان ألقته حيا فجاء آخر فقتله وكان فيه حياة مستقرة فعلى الثانى القصاص اذا كان عمداً أو الدية كاملة . وان لم يكن فيه حياة مستقرة بل كانت حركته كحركة المذبوح فالقاتل هو الاول وعليه الدية كاملة وعلى الثانى الادب ، وان وقع الجنين حياً ثم بقى زمنا سالما لا ألم به لم يضمنه الضارب ، لأن الظاهر أنه لم يمت من جنايته .

الفصل الثالث : أن الدية الكاملة انما تجب فيه اذا كان سقوطه لستة أشهر فصاعداً ، فإن كان لدون ذلك ففيه غرة ، كما لو سقط متألما ، وبهذا قال المزنى . وقال الشافعى فيه دية كاملة لاننا علمنا حياته ، وقد تلف من جنايته .

ولنا . أنه لم تعلم فيه حياة يتصور بقاؤه بها فلم تجب فيه ديه ، كما لو ألقته ميتا وكالمذبوح ، وقولهم إننا علمنا حياته ، قلنا واذا سقط ميتا وله ستة أشهر فقد علمنا حياته أيضا .

( فصل ) واذا ادعت امرأة على انسان انه ضربها فأسقطت جنينها فأنكر الضرب فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم الضرب ، وان أقر بالضرب او قامت به بينة وأنكر ان تكون اسقطت فالقول قوله أيضا مع يمينه ؛ لانه لا يعلم انها اسقطت ولا تلزمه اليمين على البت لانها يمين على فعل الغير والاصل عدمه ، وان ثبت الاسقاط والضرب ببينة أو اقرار فادعى أنهاأسقطته من غيرضربه نظرنا فإن كانت اسقطت عقيب ضربه فالقول قولها ، لان الظاهر أنه منه لوجوده عقيب شيء يصلح أن يكون سببا له ، وان ادعى أنها ضربت نفسها او شربت دواء أو فعل ذلك غيرها لحصل الاسقاط به فأنكرته فالقول قولها مع يمينها ، لان الاصل عدم ذلك

وان أسقطت بعد الضرب بأيام نظرنا فإن كانت متألمة إلى حين الاسقاط فالقول قولها ، وان لم تكن متألمة فالقول قوله مع يمينه كما لو ضرب إنسانا فلم يبق متألما ولا ضمنا ومات بعد أيام، وان اختلفا فى وجود التألم فالقول قوله لان الاصل عدمه وان كانت متألمة فى بعض المدة فادعى أنها برئت وزال ألمها وأنكرت ذلك فالقول قولها ، لان الاصل بقاؤه

وان ثبت إسقاطها من الضربة فادعت سقوطه حيا وانكرها فالقول قوله مع يمينه الا ان تقوم لها بينه باستهلاله . لان الاصل عدم ذلك ، وان ثبتت حياته فادعت أنه لوقت يعيش مثله وانكرها فالقول قولها مع يمينها ، لان ذلك لا يعرف إلا من جهتها ولا يمكن اقامة البينة عليه فقبل قولها فيه كانقضاء عدتها ووجود حيضها وطهرها ، وان اقامت بينه باستهلاله واقام الجانى بينه بعدم استهلاله قدمت بينتها لانها مثبتة فتقدم على النافية لان المثبتة معها زيادة علم، وان ادعت أنه مات عقيب اسقاطه وادعى أنه عاش مدة فالقول قولها ، لان الاصل عدم حياته ،وان أقام كل واحد منهما بينه بدعواه قدمت بينة الجانى لان معها زيادة علم . وان ثبت أنه عاش مدة فادعت أنه بقى متألما حتى مات وأنكر ذلك فالقول قوله لان الاصل

عدم التألم ، وإن أقاما بينتين قدمت بينتها لان معها زيادة علم . ويقبل فى استهلال الجنين وسقوطه وبقائه متألما وبقاء أمه متألمة قول امرأة واحدة لانه مما لا يطلع عليه الرجال ، فإن الغالب أنه لا يشهد الولادة إلا النساء والاستهلال يتصل بها وهن يشهدن حال المرأة وولادتها وحال الطفل ويعرفن علله وأمراضه وقوته وضعفه دون الرجال ، وإن اعترف الجانى باستهلاله أو ما يوجب فيه دية كاملة لم تحمله العاقله وكانت الدية فى مال الجانى لان العاقلة لا تحمل اعترافا ، وإن كان مما تحمل العاقلة فيه الغرة فعلى العاقله غرة وباقى الدية فى مال القاتل

( فصل ) وان انفصل منها جنينان ذكر وأنثى فاستهل أحدهما واتفقوا على ذلك واختلفوا فى المستهل فقال الجانى هو الانثى وقال وارث الجنين هو الذكر فالقول قول الجانى مع يمينه ، لان الاصل عدم الاستهلال من الذكر وبراءة ذمته من الزائد على دية الانثى ، فإن كان لاحدهما بينة قدم بها ، وإن كان لكل واحد منهما بينة وجبت دية الذكر لان البينه قد قامت باستهلاله والبينة المعارضة لها نافية له والاثبات مقدم على النفى ، فإن قيل فينبغى أن تجب دية الذكر والانثى ، قلنا لا تجب دية الانثى لان المستحق لها لم يدعها وهو مكذب للبينة الشاهدة بها ، وان ادعى الاستهلال منهما ثبت ذلك بالبينتين ، وان لم تكن بينة فاعترف الجانى باستهلال الذكر فأنكرت العاقلة فالقول قولهم مع أيمانهم ، فإذا حلفوا كانت عليهم دية الانثى وغرة ان كانت تحمل الغرة وعلى الضارب تمام دية الذكر وهو نصف الدية لا تحمله العاقلة ، لانه ثبت باعترافه

وان اتفقوا على أن أحدهما استهل ولم يعرف بعينه لزم العاقله دية أنثى لانها متيقنه ، وتمام دية الذكر مشكوك فيه ، والاصل براءة الذمه منه فلم يجب بالشك ويجب الغرة فى الذى لم يستهل

( فصل ) اذا ضربها فألقت يداً ثم ألقت جنينا فإن كان إلقاؤهما متقاربا أو بقيت المرأة متألمة الى أن ألقته دخلت اليد فى ضمان الجنين ، لان الظاهر أن الضرب قطع يده وسرى الى نفسه ، فأشبه ما لو قطع يد رجل وسرى القطع الى نفسه ثم ان كان الجنين سقط ميتا أو حيا لا يعيش لمثله ففيه غرة ، وان ألقته حيا لوقت يعيش لمثله ففيه دية كاملة وان بقى حيا فلم يمت فعلى الضارب ضمان اليد بديتها

بمنزلة من قطع يد رجل فاندملت ، وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي : يسأل القوابل فإن قلن انها يد من لم تخلق فيه الحياة ففيها نصف الغرة ، وان قلنا يد من خلقت فيه الحياة ففيها نصف الدية .

ولنا أن الجنين انما يتصور بقاء الحياة فيه اذا كان حيا قبل ولادته بمدة طويلة أقلها شهران على ما دل عليه حديث الصادق المصدوق ، في أنه تنفخ فيه الروح بعد أربعة أشهر ، وأقل ما يبقى بعد ذلك شهران لانه لا يحيي اذا وضعته لأقل من ستة أشهر ، والكلام مفروض فيما اذا لم يتخلل بين الضربة والإسقاط مدة تزيل ظن سقوطه بها فيعلم حينئذ أنها كانت بعد وجود الحياة فيه . وأما ان ألقت اليد وزال الالم ثم ألقت الجنين ضمن اليد وحدها بمنزلة من قطع يدا فاندملت ثم مات صاحبها ، ثم ننظر فإن ألقته ميتا أو لوقت لا يعيش مثله ، ففي اليد نصف غرة لان في جميعه غرة ففي يده نصف ديته ، وان ألقته حيا لوقت يعيش لمثله ثم مات أو عاش وكان بين القاء اليد وبين القائه مدة يحتمل أن تكون الحياة لم تخلق فيها أرى القوابل ههنا فإن قلن انها يد من لم تخلق فيها الحياة وجب نصف غرة ، وان قلن انها يد من خلقت فيه الحياة ومضى له ستة أشهر ففيه نصف الدية ، وان قيل انها يد من خلقت فيه الحياة ولم تمض له ستة أشهر وجب فيه نصف غرة لانها يد من لا يجب فيه أكثر من غرة فأشبهت يد من لم ينفخ فيه روح ، وان أشكل الامر عليهن وجب نصف الغرة لانه اليقين ، وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك .

« مسألة » قال ( وعلى كل من ضرب ممن ذكرت عتق رقبة مؤمنة سواء كان الجنين حياً أو ميتاً )

هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم الحسن وعطاء والزهري والحكم ومالك والشافعي واسحاق . قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من أهل العلم أوجب على ضارب بطن المرأة تلقي جنينا الرقبة مع الغرة : وروى ذلك عن عمر رضي الله عنه . وقال أبو حنيفة : لا تجب الكفارة لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يوجب الكفارة حين أوجب الغرة .

ولنا قول الله تعالى ( ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ) وقال ( وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ) وهذا الجنين إن كان من مؤمنين أو أحد أبويه فهو محكوم بإيمانه تبعا يرثه ورثته المؤمنين ولا يرث الكافر منه شيئا .

وان كان من أهل الذمة فهو من قوم بيننا وبينهم ميثاق ولانه نفس مضمون بالدية فوجبت فيه الرقبة كالكبير وترك ذكر الكفارة لا يمنع وجوبها كقوله عليه السلام « فى النفس المؤمنة مائة من الإبل » وذكر الدية فى مواضع ولم يذكر الكفارة ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بدية المقتولة على عاقلة القاتلة ولم يذكر كفارة وهي واجبة كذا ههنا ، وانما كان كذلك لأن الآية أغنت عن ذكر الكفارة فى موضع آخر فاكتفى بها .

وان ألقت المضروبة أجنة ففي كل جنين كفارة كما أن فى كل جنين غرة أو دية وان اشترك جماعة فى ضرب امرأة فألقت جنينا فديته أو الغرة عليهم بالحصص وعلى كل واحد منهم كفارة كما إذا قتل جماعة رجلا واحداً وان ألقت أجنة فدياتهم عليهم بالحصص وعلى كل واحد فى كل جنين كفارة فلو ضرب ثلاثة بطن امرأة فألقت ثلاثة أجنة فعليهم تسع كفارات على كل واحد ثلاثة .

« مسألة » قال ( واذا شربت الحامل دواء فألقت به جنينا فعليها غرة لا ترث منها شيئا وتعتق رقبة )

ليس فى هذه الجملة اختلاف بين أهل العلم نعلمه إلا ما كان من قول من لم يوجب عتق الرقبة على ما قدمنا وذلك لأنها أسقطت الجنين بفعلها وجنايتها فلزمها ضمانه بالغرة كما لو جنى عليه غيرها ولا ترث من الغرة شيئا لأن القاتل لا يرث المقتول وتكون الغرة لسائر ورثته وعليها عتق رقبة كما قدمنا ولو كان الجاني المسقط للجنين أباه أو غيره من ورثته فعليه غرة لا يرث منها شيئا ويعتق رقبة وهذا قول الزهري والشافعي وغيرهما .

( فصل ) وإن جنى على بهيمة فألقت جنينها ففيه ما نقصها فى قول عامة أهل العلم ، وحكى عن أبي بكر أن فيه عشر قيمة أمه لانه جناية على حيوان يملك

بيعه أسقطت جنينه أشبه جنين الأمة وهذا لا يصح لأن الجناية على الأمة تقدر من قيمتها ففي يدها نصف قيمتها ، وفي موضحتها نصف عشر قيمتها يقدر جنينها من قيمتها كبعض أعضائها والبهيمة ، انما يجب في الجناية عليها قدر نقصها فكذلك في جنينها ولان الامة آدمية ألحقت بالاحرار في تقدير أعضائها من ديتها والبهيمة بخلاف ذلك .

« مسألة » قال ( وإذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر فقتل رجلا فعلى عاقلة كل واحد منهم ثلث الدية وعلى كل واحد منهم عتق رقبة مؤمنة في ماله )

أما عتق رقبة على كل واحد منهم فلا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم لان كل واحد منهم مشارك في إتلاف آدمي معصوم والكفارة لا تتبعض فكملت في حق كل واحد منهم ثم لا يخلو من حالين .

أحدهما : أن يقتل واحداً منهم . والثاني : أن يقتل واحداً من غيرهم فعلى كل واحد عتق رقبة كما ذكرنا والدية على عواقلهم أثلاثا لان العاقلة تحمل الثلث فما زاد سواء قصدوا رمى واحد بعينه أو رمى جماعه أو لم يقصدوا ذلك إلا أنهم ان لم يقصدوا قتل آدمي معصوم فهو خطأ ديته دية الخطأ وان قصدوا رمي جماعة أو واحد بعينه فهو شبه عمد لان قصد الواحد بعينه بالمنجنيق لا يكاد يفضي الى اتلافه فتكون ديته مغلظة على العاقلة الا أنها في ثلاث سنين وعلى قول أبي بكر لا تحمل العاقلة دية شبه العمد فلا تحمله ههنا .

الثاني : أن يصيب رجلا منهم فعلى كل واحد كفارة أيضا ولا تسقط عمن أصابه الحجر لأنه شارك في قتل نفس مؤمنة والكفارة انما تجب لحق الله تعالى فوجبت عليه بالمشاركة في نفسه كوجوبها بالمشاركة في قتل غيره ؛ وأما الديه ففيها ثلاثة أوجه .

أحدها : أن على عاقلة كل واحد منهم ثلث ديته لورثة المقتول لان كل واحد منهم مشارك في قتل نفس مؤمنة خطأ فلزمته ديتها كالاجانب وهذا ينبني على احدى الروايتين في أن جناية المرء على نفسه أو أهله خطأ يحمل عقلها عاقلته .

الوجه الثاني : ما قابل فعل المقتول ساقط لا يضمنه أحد لانه شارك في اتلاف

حقه فلم يضمن ما قابل فعله كما لو شارك فى قتل بهيمته أو عبده وهذا الذى ذكره القاضى فى المجرد ولم يذكر غيره وهو مذهب الشافعى .

الثالث : أن يلغى فعل المقتول فى نفسه وتجب ديته بكمالها على عاقلة الآخرين نصفين : قال أبو الخطاب هذا قياس المذهب بناء على مسألة المتصادمين ، والذى ذكره القاضى أحسن وأصح فى النظر ، وقد روى نحوه عن على رضى الله عنه فى مسألة القارصه والناهضه والواقصه .

قال الشعبى : وذلك أن ثلاث جوار اجتمعن فارن فركبت إحداهن على عنق أخرى وقرصت الثالثة المركوبة فقمصت فسقطت الراكبة فوقصت عنقها فماتت فرفع ذلك الى على رضى الله عنه فقضى بالديه أثلاثا على عواقلهن وألغى الثلث الذى قابل فعل الواقصة لأنها أعانت على قتل نفسها .

وهذه شبيهة بمسألتنا ولأن المقتول مشارك فى القتل فلم تكمل الديه على شريكيه كما لو قتلوا واحداً من غيرهم ، وان رجع الحجر فقتل اثنين من الرماة فعلى الوجه الأول تجب ديتهما على عواقلهما أثلاثا وعلى كل واحد كفارتان ؛ وعلى الوجه الثانى تجب على عاقلة الحى منهم لكل ميت ثلث ديته وعلى عاقلة كل واحد من الميتين ثلث دية صاحبه ويلغى فعله فى نفسه . وعلى الوجه الثالث على عاقلة الحى لكل واحد من الميتين نصف الديه ويجب على عاقلة كل واحد من الميتين نصف الديه لصاحبه .

، مسأله ، قال ﴿ وان كانوا أكثر من ثلاثة فالديه حالة فى أموالهم ﴾

هذا هو الصحيح فى المذهب ســواء كان المقتول منهم أو من غيرهم الا أنه إذا كان منهم يكون فعل المقتول فى نفسه هدراً لأنه لا يجب عليه لنفسه شىء ويكون باقى الديه فى أموال شركائه حالا لأن التأجيل فى الديات إنما يكون فيما تحمله العاقلة وهذا لا تحمله العاقله لأنها لا تحمل ما دون الثلث والقدر اللازم لكل واحد دون الثلث .

وذكر أبو بكر فيها روايه أخرى أن العاقله تحملها ، لأن الجناية فعل واحد أوجب دية تزيد على الثلث ، والصحيح هو الأول لأن كل واحد منهم يختص

بموجب فعله دون فعل شركائه وحمل العاقلة انما شرع للتخفيف عن الجاني فيما يشق ويثقل وما دون الثلث يسير على ما أسلفناه والذي يلزم كل واحد أقل من الثلث وأما قوله انه فعل واحد ، قلنا بل هي أفعال ، لان فعل كل واحد غير فعل الآخر وانما موجب الجميع واحد فأشبه ما لو جرحه كل واحد جرحا فأتت النفس بجميعها

إذا ثبت هذا فالضمان يتعلق بمن مد الحبال ورمى الحجر دون من وضعه فى الكفة وأمسك الخشبة اعتباراً بالمباشر كمن وضع سهما فى قوس رجل ورماه صاحب القوس فالضمان على الرامى دون الواضع .

( فصل ) إذا سقط رجل فى بئر فسقط عليه آخر فقتله فعليه ضمانه لانه قتله فضمنه كما لو رمى عليه حجراً ثم ينظر فان كان عمد رمى نفسه عليه وهو مما يقتل غالبا فعليه القصاص وان كان مما لا يقتل غالبا فهو شبه عمد ، وان وقع خطأ فالدية على عاقلته مخففه ، وان مات الثاني بوقوعه على الاول فدمه هدر لأنه مات بفعله وقد روى على بن رباح اللخمى أن رجلا كان يقود أعمى فوقع فى بئر : خر البصير ووقع الأعمى فوق البصير فقتله فقضى عمر بعقل البصير على الأعمى فكان الاعمى ينشد فى الموسم :

يا أيها النـــاس لقيت منكراً هل يعقل الاعمى الصحيح المبصرا ؟
خرا معاً كلاهما تكسرا

وهذا قول ابن الزبير وشريح والنخعى والشافعى واسحاق ، ولو قال قائل ليس على الاعمى ضمان البصير لأنه الذى قاده الى المكان الذى وقعا فيه وكان سبب وقوعه عليه ولذلك لو فعله قصداً لم يضمنه بغير خلاف وكان عليه ضمان الاعمى ولو لم يكن سببا لم يلزمه ضمان بقصده لكان له وجه الا أن يكون مجمعا عليه فلا تجوز مخالفة الإجماع ، ويحتمل أنه انما لم يجب الضمان على القائد لوجهين .

أحدهما : أنه مأذون فيه من جهة الاعمى فلم يضمن ما تلف به كما لو حفر له بئراً فى داره بإذنه فتلف بها .

الثاني : أنه فعل مندوب اليه مأمور به فأشبه ما لو حفر بئراً فى سابلة ينتفع بها المسلمين فإنه لا يضمن ما تلف بها .

( فصل ) فإن سقط رجل فى بئر فتعلق بآخر فوقعا معا فدم الاول هدر لانه مات من فعله وعلى عاقلته دية الثانى ان مات لانه قتله بجذبته ، فان تعلق الثانى بثالث فماتوا جميعا فلا شىء على الثالث وعلى عاقلة الثانى ديته فى أحد الوجهين لأنه جذبه وباشره بالجذب ، والمباشرة تقطع حكم السبب كالحافر مع الدافع . والثانى ديته على عاقلة الاول والثانى نصفين ، لان الاول جذب الثانى الجاذب للثالث فصار مشاركا للثانى فى اتلافه

ودية الثانى على عاقلة الاول فى أحد الوجهين لانه هلك بجذبته وان هلك بسقوط الثالث عليه فقد هلك بجذبة الاول وجذبة نفسه للثالث فسقط فعل نفسه كالمصطدمين وتجب ديته بكمالها على الاول ذكره القاضى

والوجه الثانى : يجب على الاول نصف ديته ويهدر نصفها فى مقابلة فعل نفسه وهذا مذهب الشافعى ، ويتخرج وجه ثالث وهو وجوب نصف ديته على عاقلته لورثته كما قلنا فيما اذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فقتل الحجر أحدهم

وأما الاول اذا مات بوقوعهما عليه ففيه الاوجه الثلاثه لانه مات من جذبته وجذبة الثانى للثالث فتجب ديته كلها على عاقلة الثانى ويلغى فعل نفسه على الوجه الاول وعلى الثانى يهدر نصف ديته المقابل لفعل نفسه ويجب نصفها على الثانى : وعلى الثالث يجب نصفها على عاقلته لورثته ، وان جذب الثالث رابعا فمات جميعهم بوقوع بعضهم على بعض فلا شىء على الرابع لأنه لم يفعل شيئا فى نفسه ولا غيره ، وفى ديته وجهان .

أحدهما : أنها على عاقلة الثالث المباشر لجذبه .

والثانى : على عاقلة الاول والثانى والثالث لانه مات من جذب الثلاثة فكانت ديته على عواقلهم ، وأما الاول فقد مات بجذبته وجذبة الثانى وجذبة الثالث ففيه ثلاثة أوجه . أحدها : أنه يلغى فعل نفسه وتجب ديته على عاقلة الثانى والثالث نصفين . الثانى : يجب على عاقلتهما ثلثاها ويسقط ما قابل فعل نفسه . الثالث : يجب ثلثها على عاقلته لورثته ، وأما الجاذب الثانى فقد مات بالافعال الثلاثة وفيه هذه الأوجه المذكورة فى الأول سواء ؛ وأما الثالث ففيه مثل هذه الأوجه الثلاثه ووجهان آخران .

أحدهما أن ديته بكمالها على الثاني لانه المباشر لجذبه فسقط فعل غيره بفعله . والثاني أن على عاقلته نصفها ويسقط النصف الثاني في مقابلة فعله في نفسه

( فصـــل ) وإن وقع بعضهم على بعض فماتوا نظرت فإن كان موتهم بغير وقوع بعضهم على بعض مثل أن يكون البئر عميقاً يموت الواقع فيه بنفس الوقوع أو كان فيه ماء يغرق الواقع فيقتله أو أسد يأكلهم فليس على بعضهم ضمان بعض لعدم تأثير فعل بعضهم في هلاك بعض ، وإن شككنا في ذلك لم يضمن بعضهم بعضا لأن الأصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك ، وإن كان موتهم بوقوع بعضهم على بعض فدم الرابع هدر لأن غيره لم يفعل فيه شيئا وإنما هلك بفعله وعليه دية الثالث لأنه قتله بوقوعه عليه ، ودية الثاني عليه وعلى الثالث نصفين ودية الأول على الثلاثة أثلاثاً .

(فصل) وإن هلكوا بأمر في البئر، مثل أسد كان فيه وكان الاول جذب الثاني والثاني جذب الثالث ، والثالث جذب الرابع ، فقتلهم الأسد فلا شيء على الرابع وديته على عاقلة الثالث في أحد الوجهين ، وفي الثاني على عواقل الثلاثة أثلاثا ، ودم الاول هـــدر وعلى عاقلته دية الثاني ، وأما دية الثالث فعلى الثاني في أحد الوجهين وفي الآخر على الاول والثاني نصفين ، وهذه المسأله تسمى مسألة الزبية ، وقد روى حنش الصنعاني أن قوماً من أهل اليمن حفروا زبية للأسد فاجتمع الناس على رأسها فهوى فيها واحد فجذب ثانيا فجذب الثاني ثالث ثم جذب الثالث رابعا فقتلهم الاسد فرفع ذلك الى على رضي الله عنه . فقال للأول ربع الدية لانه هلك فوقه ثلاثة وللثاني ثلث الدية لانه هلك فوقه اثنان وللثالث نصف الدية لانه هلك فوقه واحد وللرابع كمال الدية وقال : فإني أجعل الدية على من حضر رأس البئر ، فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال « هو كما قال » رواه سعيد بن منصور قال : حدثنا أبو عوانة وأبو الاحوص عن سماك بن حرب عن حنش بنحو هذا المعنى . قال أبو الخطاب : فذهب أحمد الى ذلك توقيفاً على خلاف القياس والقياس ما ذكرناه .

( فصـل ) ويجب الضمان بالسبب كما يجب بالمباشرة فإذا حفر بئرا في طريق لغير مصلحة المسلمين أو في ملك غيره بغير اذنه أو وضع في ذلك حجراً أو حديدة

أو صب فيه ماء أو وضع فيه قشر بطيخ أو نحوه وهلك فيه انسان أو دابة ضمنه لانه تلف بعدوانه فضمنه كما لو جنى عليه . روى عن شريح أنه ضمن رجلا حفر بئرا فوقع فيها رجل فمات . وروى ذلك عن على رضى الله عنه وبه قال النخعى والشعبى وحماد والثورى والشافعى وإسحاق .

وإن وضع رجل حجرا وحفر آخر بئرا أو نصب سكينا فعثر بالحجر فوقع فى البئر أو على السكين فهلك فالضمان على واضع الحجر دون الحافر وناصب السكين ، لان واضع الحجر كالدافع له ، واذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده ، وبهذا قال الشافعى .

ولو وضع رجل حجرا ثم حفر عنده آخر بئرا أو نصب سكينا فعثر بالحجر فسقط عليهما فهلك احتمل أن يكون الحكم كذلك لما ذكرنا ، واحتمل أن يضمن الحافر وناصب السكين لان فعلهما متأخر عن فعله فأشبه ما لو كان زق فيه مائع وهو واقف فحل وكاءه إنسان وأماله آخر فسال مافيه كان الضمان على الآخر منهما وان وضع إنسان حجرا أو حديدة فى ملكه ، أو حفر فيه بئرا فدخل انسان بغير إذنه فهلك به فلا ضمان على المالك لانه لم يتعد وإنما الداخل هلك بعدوان نفسه وان وضع حجرا فى ملكه ونصب أجنبى فيه سكينا ، أو حفر بئرا بغير اذنه فعثر رجل بالحجر فوقع على السكين أو فى البئر فالضمان على الحافر وناصب السكين لتعديهما إذا لم يتعلق الضمان بواضع الحجر لانتفاء عدوانه .

وان اشترك جماعة فى عدوان تلف به شيء فالضمان عليهم ، وان وضع اثنان حجرا وواحد حجرا فعثر بهما انسان فهلك فالدية على عواقلهم أثلاثا فى قياس المذهب وهو قول أبى يوسف ، لأن السبب حصل من الثلاثة أثلاثا فوجب الضمان عليهم ، وان اختلفت أفعالهم كما لو جرحه واحد جرحين وجرحه اثنان جرحين فمات بهما .

وقال زفر : على الاثنين النصف وعلى واضع الحجر وحده النصف لأن فعله مساو لفعلهما ، وان حفر انسان بئرا ونصب آخر فيها سكينا فوقع انسان فى البئر على السكين فمات. فقال ابن حامد الضمان على الحافر لانه بمنزلة الدافع ، وهذا قياس

المسائل التي قبلها ، ونص أحمد رحمه الله على أن الضمان عليهما . قال أبو بكر : لأنهما في معنى الممسك ، والقاتل الحافر كالممسك وناصب السكين كالقاتل فيخرج من هذا أن يجب الضمان على جميع المتسببين في المسائل السابقه

( فصل ) وإن حفر بئرا في ملك نفسه أو في ملك غيره بإذنه فلا ضمان عليه لأنه غير متعد بحفرها ، وإن حفرها في موات لم يضمن لانه غير متعد بحفرها وكذلك ان وضع حجرا أو نصب شركا أو شبكة أو منجلا ليصيد بها ، وان فعل شيئا من ذلك في طريق ضيق فعليه ضمان من هلك به لأنه متعد ، وسواء أذن له الامام فيه أو لم يأذن فإنه ليس للإمام الاذن فيما يضر بالمسلمين ، ولو فعل ذلك الإمام لضمن ماتلف به لتعديه ، وان كان الطريق واسعا لحفر في مكان منها ما يضر بالمسلمين فعليه الضمان كذلك ، وان حفر في موضع لا ضرر فيه نظرنا فإن حفرها لنفسه ضمن ماتلف بها سواء حفرها بإذن الامام أو غير اذنه . وقال أصحاب الشافعي : ان حفرها بإذن الامام لم يضمن لأن للامام أن يأذن في الانتفاع بما لا ضرر فيه بدليل أنه يجوز ان يأذن في القعود فيه ويقطعه لمن يبيع فيه .

ولنا انه تلف بحفر حفرة في حق مشترك بغير اذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن له الامام ، ولا نسلم أن للامام أن يأذن في هذا ، وإنما يأذن في القعود لأن ذلك لا يدوم وتمكن إزالته في الحال فأشبه القعود في المسجد ولأن القعود جائز من غير اذن الامام بخلاف الحفر ، وان حفر البئر لنفع المسلمين ، مثل أن يحفره لينزل فيه ماء المطر من الطريق أو لتشرب منه المارة ونحوها فلا ضمان عليه لأنه محسن بفعله غير متعد بحفره ، فأشبه باسط الحصير في المسجد ، وذكر بعض أصحابنا انه لا يضمن إذا كان بإذن الامام ، وان كان بغير اذنه ففيه روايتان : إحداهما لا يضمن فإن أحمد قال في رواية اسحاق بن ابراهيم : إذا أحدث بئراً لماء المطر ففيه نفع للمسلمين أرجو أن لا يضمن .

والثانية . يضمن ، أوما اليه احمد لانه إفتات على الامام ، ولم يذكر القاضي سوى هذه الرواية ، والصحيح هو الاول لان هذا مما تدعو الحاجة اليه ويشق استئذان الامام فيه وتعم البلوى به ، ففي وجوب استئذان الامام فيه تفويت لهذه المصلحة العامة ، لانه لا يكاد يوجد من يتحمل كلفة استئذانه وكلفة الحفر معاً

فتضيع هذه المصلحة فوجب اسقاط استئذانه كما فى سائر المصالح العامة ، من بسط حصير فى مسجد أو تعليق قنديل فيه أو وضع سراج أو رم شعث فيه وأشباه ذلك ، وحكم البناء فى الطريق حكم الحفر فيها على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف وهو أنه متى بنى بناء يضر إما لكونه فى طريق ضيق أو فى واسع يضر بالمارة ، أو بنى لنفسه فقد تعدى ويضمن ماتلف به ، وإن بنى فى طريق واسع فى موضع لا يضر البناء فيه لنفع المسلمين ، كبناء مسجد يحتاج إليه للصلاة فيه فى زاوية ونحوها فلا ضمان عليه وسواء فى ذلك كله أذن فيه الإمام أو لم يأذن، ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام فى البناء لنفع المسلمين دون الحفر ، لأن الحفر تدعو الحاجة إليه لنفع الطريق وإصلاحها وإزالة الطين والماء منها ، بخلاف البناء لجرى حفرها مجرى تنقيتها وحفر هدفة منها وقلع حجر يضر بالمارة ووضع الحصا فى حفرة منها ليملأها ويسهلها بإزالة الطين ونحوه منها وتسقيف ساقية فيها ووضع حجر فى طين فيها ليطأ الناس عليه أو يعبروا عليه فهذا كله مباح لا يضمن ماتلف به . لا أعلم فيه خلافا . وكذلك ينبغى أن يكون فى بناء القناطر ، ويحتمل أن يعتبر استئذان الامام لأن مصلحته لا يعم وجودها بخلاف غيره

وإن سقف مسجداً أو فرش بارية فيه أو نصب عليه بابا أو جعل فيه رفا لينفع أهله أو علق فيه قنديلا أو بنى فيه حائطا فتلف به شىء فلا ضمان عليه

وقال أصحاب الشافعى . إن فعل شيئا من ذلك بغير اذن الامام ضمن فى أحد الوجهين ، وقال أبو حنيفة : يضمن إذا لم يأذن فيه الجيران .

ولنا أنه فعل أحسن به ولم يتعد فيه فلم يضمن ماتلف به كما لو أذن فيه الامام والجيران ، ولان هذا مأذون فيه من جهة العرف لان العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يجب ضمان كالمأذون فيه نطقا

( فصل )

وإن حفر العبد بئراً فى ملك انسان بغير اذنه أو فى طريق يتضرر به ثم أعتقه سيده ثم تلف بها شىء ضمنه العبد وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة الضمان على السيد لأن الجناية هى الحفر فى حال رقه وكان ضمان جنايته حينئذ على سيده فلا يزول ذلك بعتقه كما لو جرح فى حال رقه ثم سرى جرحه بعد عتقه

ولنا أن التلف الموجب للضمان وجد بعد إعتاقه فكان الضمان عليه كما لو اشترى سيفا فى حال رقه ثم قتل به بعد عتقه وفارق ماقاسوا عليه ، لأن الاتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه . وههنا حصل بعد عتقه ، وكذلك القول فى نصب حجر أو غيره من الأسباب التى يجب بها الضمان

( فصل ) واذا حفر انسان بئراً فى ملك مشترك بينه وبين غيره بغير اذنه ضمن ما تلف به جميعه . وهذا قياس مذهب الشافعى

وقال أبو حنيفة : يضمن ما قابل نصيب شريكه فلو كان له شريكان لضمن ثلثى التالف لأنه تعدى فى نصيب شريكيه

وقال أبو يوسف : عليه نصف الضمان لأنه تلف بجهتين فكان الضمان نصفين كما لو جرحه واحد جرحا وجرحه آخر جرحين

ولنا أنه متعد بالحفر فضمن الواقع فيها ، كما لو كان فى ملك غيره والشركة أوجبت تعديه بجميع الحفر فكان موجبا لجميع الضمان ، ويبطل ما ذكره أبو يوسف بما لو حفره فى طريق مشترك فإن له فيها حقا ومع ذلك يضمن الجميع ، والحكم فيما اذا أذن له بعض الشركاء فى الحفر دون بعض ، كالحكم فيما اذا حفر فى ملك مشترك بينه وبين غيره لكونه لا يباح الحفر ولا التصرف حتى يأذن الجميع .

(فصل) واذا حفر بئراً فى ملك انسان أو وضع فيه مايتعلق به الضمان فأبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ففيه وجهان

أحدهما : يبرأ ، لأن المالك لو أذن فيه ابتداء لم يضمن ما تلف به ، فإذا أبرأه من الضمان وأذن فيه زال عنه الضمان كما لو اقترن الإذن بالحفر

والآخر لاينتفى عنه الضمان لأنه سبب موجب للضمان فلا يزول حكمه بالابراء كسائر الأسباب . ولأن حصول الضمان به لكونه تعدى بحفره والابراء لا يزيل ذلك ، لأن ما مضى لا يمكن تغييره عن الصفة التى وقع عليها ، ولأن وجوب الضمان ليس بحق للمالك الابراء منه ، كما لو أبرأه غير المالك ، ولأنه ابراء عما لم يجب فلم يصح كالابراء من الشفعة قبل البيع

( فصل ) وان استأجر أجيراً لحفر فى ملك غيره بغير إذنه وعلم الاجير ذلك فالضمان عليه وحده لأنه متعد بالحفر وليس له فعل ذلك بأجرة ولا غيرها فتعلق

الضمان به كما لو أمره غيره بالقتل فقتل ، وان لم يعلم فالضمان على المستأجر لأنه غره فتعلق الضمان به كالاثم ، وكذلك الحكم فى البناء ونحوه ، ولو استأجر أجيراً ليحفر له فى ملكه بئراً أو ليبنى له فيها بناء فتلف الأجير بذلك لم يضمنه المستأجر وبهذا قال عطاء والزهرى وقتادة وأصحاب الرأى ويشبه مذهب الشافعى لقول النبي صلى الله عليه وسلم « البئر جبار » ولأنه لم يتلفه وانما فعل الأجير باختيار نفسه فعلا أفضى إلى تلفه فأشبه ما لو فعله تبرعا من عند نفسه الا أن يكون الأجير عبدا استأجره بغير إذن سيده أو صبيا بغير إذن وليه فيضمنه لأنه متعد باستعماله متسبب الى إتلاف حق غيره .

## فصل

فإن حفر إنسان فى ملكه بئرا فوقع فيها إنسان أو دابة فهلك به وكان الداخل دخل بغير إذنه فلا ضمان على الحافر لأنه لا عدوان منه وان دخل بإذنه والبئر بينة مكشوفة والداخل بصير يبصرها فلا ضمان أيضا، لان الواقع هو الذى أهلك نفسه فأشبه ما لو قدم اليه سيف فقتل به نفسه ، وان كان الداخل أعمى أو كانت فى ظلمة لا يبصرها الداخل أو غطى رأسها فلم يعلم الداخل بها حتى وقع فيها فعليه ضمانه ، وبهذا قال شريح والشعبى والنخعى وحماد ومالك ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وقال فى الآخر لا يضمنه لانه هلك بفعل نفسه

ولنا أنه تلف بسببه فضمنه كما لو قدم له طعاما مسموما فأكله وبهذا ينتقض ما ذكروه ، وان اختلفا فقال صاحب الدار : ما أذنت لك فى الدخول وادعى ولى الهالك أنه أذن له فالقول قول المالك لأنه منكر ، وإن قال . كانت مكشوفة وقال الآخر : كانت مغطاة فالقول قول ولى الواقع ، لان الظاهر معه فإن الظاهر أنها لو كانت مكشوفة لم يسقط فيها ، ويحتمل أن القول قول المالك لان الاصل براءة ذمته فلا تشتغل بالشك ولان الاصل عدم تغطيتها .

( فصل ) وإذا بنى فى ملكه حائطا مائلا الى الطريق أو الى ملك غيره فتلف به شىء وسقط على شىء فأتلفه ضمنه لأنه متعد بذلك فإنه ليس له الانتفاع بالبناء فى هواء ملك غيره أو هواء مشترك ، ولانه يعرضه للوقوع على غيره فى غير ملكه

فأشبه ما لو نصب فيه منجلا يصيد به ، وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا وان بناه في ملكه مستويا أو مائلا الى ملكه فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به لأنه لم يتعد ببنائه ولا حصل منه تفريط بإبقائه وان مال قبل وقوعه الى ملكه ولم يتجاوزه فلا ضمان عليه لأنه بمنزلة بنائه مائلا في ملكه وان مال قبل وقوعه الى هواء الطريق أو الى ملك إنسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره نظرنا فإن لم يمكنه نقضه فلاضمان عليه لأنه لم يتعد ببنائه ولا فرط في ترك نقضه لعجزه عنه فأشبه ما لو سقط من غير ميل فإن أمكنه نقضه فلم ينقضه لم يخل من حالين .

أحدهما : أن يطالب بنقضه .

والثاني : أن لا يطالب به فإن لم يطالب به لم يضمن في المنصوص عن أحمد وهو ظاهر كلام الشافعي ونحوه قال الحسن والنخعي والثوري وأصحاب الرأي . لأنه بناه في ملكه والميل حادث بغير فعله فأشبه مالو وقع قبل ميله ، وذكر بعض أصحابنا فيه وجها آخر أن عليه الضمان وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور وإسحاق لأنه متعد بتركه مائلا فضمن ما تلف به كما لو بناه مائلا الى ذلك ابتداء ولأنه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ما تلف ولو لم يكن ذلك موجبا للضمان لم يضمن بالمطالبة كما لو لم يكن مائلا أو كان مائلا الى ملكه ، وأما ان طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها .

وقال أصحابنا : يضمن وقد أومأ إليه أحمد ، وهو مذهب مالك ، ونحوه قال الحسن والنخعي والثوري ، وقال أبو حنيفه : الاستحسان أن يضمن ، لأن حق الجواز للمسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك فلهم المطالبة بإزالته فإذا لم يزله ضمن كما لو وضع عدلا على حائط نفسه فوقع في ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به إنسان وفيه وجه آخر لا ضمان عليه .

قال أبو حنيفة : وهو القياس لانه بناه في ملكه ولم يسقط بفعله فأشبه ما لو لم يطالبه بنقضه أو سقط قبل ميله أو لم يمكنه نقضه ولانه لو وجب الضمان لم تشترط المطالبة كما لو بناه مائلا إلى غير ملكه .

فإن قلنا : عليه الضمان إذا طولب فإن المطالبة من كل مسلم أو ذمي توجب

الضمان اذا كان ميله الى الطريق لأن لكل واحد منهم حق المرور فكانت له المطالبة كما لو مال الحائط الى ملك جماعة كان لكل واحد منهم المطالبة واذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط أو أجله له الإمام لم يسقط عنه الضمان ، لان الحق لجميع المسلمين فلا يملك واحد منهم اسقاطه وان كانت المطالبة لمستأجر الدار أو مرتهنها أو مستعيرها ومستودعها فلا ضمان عليهم لأنهم لا يملكون النقض وليس الحائط ملكا لهم وان طولب المالك فى هذه الحال فلم يمكنه استرجاع الدار ونقض الحائط فلا ضمان عليه لعدم تفريطه وان أمكنه استرجاعها كالمعير والمودع والراهن اذا أمكنه فكاك الرهن فلم يفعل ضمن لانه أمكنه النقض ، وان كان المالك محجوراً عليه لسفه أو صغر أو جنون فطولب هو لم يلزمه الضمان لانه ليس أهلا للمطالبة وان طولب وليه أو وصيه فلم ينقضه فالضمان على المالك لأن سبب الضمان ماله فكان الضمان عليه دون المتصرف كالوكيل مع الموكل وان كان الملك مشتركا بين جماعة فطولب أحدهم بنقضه احتمل وجهين

أحدهما : لا يلزمه شيء لانه لا يمكنه نقضه بدون إذنهم فهو كالعاجز عن نقضه

والثانى : يلزمه بحصته لانه يتمكن من النقض بمطالبة شركائه وإلزامهم النقض فصار بذلك مفرطا ، وأما ان كان ميل الحائط الى ملك آدمى معين اما واحد واما جماعة فالحكم على ما ذكرنا الا أن المطالبة للمالك أو ساكن الملك الذى مال اليه دون غيره ، وان كان لجماعة فأيهم طالب وجب النقض بمطالبته كما لو طالب واحد بنقض المائل الى الطريق الا أنه متى طالب ثم أجله صاحب الملك أو أبرأه منه أو فعل ذلك ساكن الدار التى مال اليها جاز لان الحق له وهو يملك اسقاطه وان مال الى درب غير نافذ فالحق لاهل الدرب والمطالبة لهم لان الملك لهم ويلزم النقض بمطالبة أحدهم ولا يبرأ بإبرائه وتأجيله الا أن يرضى بذلك جميعهم لان الحق لجميعهم .

( فصل ) واذا تقدم الى صاحب الحائط بنقضه فباعه مائلا فلا ضمان على بائعه لانه ليس بملك له ولا على المشترى لانه لم يطالب بنقضه وكذلك ان وهبه وأقبضه وان قلنا : بلزوم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد واذا وجب الضمان وكان

التالف به آدميا فالدية على عاقلته . فان أنكرت عاقلته كون الحائط لصاحبهم لم يلزمهم العقل الا أن يثبت ذلك ببينه لأن الأصل عدم الوجوب عليهم فلا يجب بالشك وان اعترف صاحب الحائط لزمه الضمان دونهم لان العاقلة لا تحمل اعترافا وكذلك ان أنكروا مطالبته بنقضه فالحكم على ما ذكرنا ، وان كان الحائط فى يد صاحبهم وهو ساكن فى الدار لم يثبت بذلك الوجوب عليهم ، لأن دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر ، والظاهر لا تثبت به الحقوق وإنما ترجح به الدعوى

( فصل ) وان لم يمل الحائط لكن تشقق فإن لم يخش سقوطه لكون شقوقه بالطول لم يجب نقضه وكان حكمه فى هذا حكم الصحيح لانه لم يخف سقوطه فأشبه الصحيح وان خيف وقوعه مثل أن تكون شقوقه بالعرض فحكمه حكم المائل لانه يخاف منه التلف فأشبه المائل .

## فصل

وإذا أخرج الى الطريق النافذ جناحا أو ساباطا فسقط أو شيء منه على شيء فأتلفه فعلى المخرج ضمانه ، وقال أصحاب الشافعى : ان وقعت خشبة ليست مركبة على حائطه وجب ضمان ما أتلفت ، وان كانت مركبة على حائطه وجب نصف الضمان لانه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره فانقسم الضمان عليهما .

ولنا أنه تلف بما أخرجه الى حق الطريق فضمنه كما لو بنى حائطه مائلا الى الطريق فأتلف أو أقام خشبة فى ملكه مائلة الى الطريق أو كما لو سقطت الخشبة التى ليست موضوعة على الحائط ، ولأنه إخراج يضمن به البعض فضمن به الكل كالذى ذكرنا ، ولأنه تلف بعدوانه فضمنه كما لو وضع البناء على أرض الطريق ، والدليل على عدوانه وجوب ضمان البعض ولو كان مباحا لم يضمن به كسائر المباحات ، ولان هذه خشبة لو انقصف الخارج منها وسقط فأتلف ضمن ما أتلف فيجب أن يضمن ما أتلف جميعها كسائر المواضع التى يجب الضمان فيها ولاننا لم نعلم موضعا يجب الضمان كله ببعض الخشبة ويجب نصفه بجميعها ؛ وان كان إخراج الجناح الى درب غير نافذ بغير إذن أهله ضمن ما أتلفه ، وان فعل ذلك بإذنهم فلا ضمان عليه لانه مباح له غير متعد فيه .

(فصــل ) وان أخرج ميزابا الى الطريق فسقط على إنسان أو شيء فأتلفه ضمنه وبهذا قال أبو حنيفة ، وحكى عن مالك أنه لا يضمن ما أتلفه لانه غير متعد باخراجه فلم يضمن ماتلفــ به كما لو أخرجه الى ملكه

وقال الشافعي : ان سقط كله فعليه نصف الضمان لانه تلفــ بما وضعه على ملكه وملك غيره وان انقصف الميزاب فسقط منه ماخرج عن الحائط ضمن جميع ما تلفـــ به لانه كله فى غير ملكه .

ولنا ما سبق فى الجناح ولا نسلم أن إخراجه مباح فانه أخرج الى هواء ملك غيره شيئا يضر به فأشبه ما لو أخرجه الى ملك آدمى معين بغير إذنه فأما ان أخرج إلى ملك آدمى معين شيئا من جناح أو ساباط أو ميزاب أو غيره فهو متعد ويضمن ما تلفـــ به لا أعلم فيه خلافا .

فصل ) وإذا بالت دابته فى طريق فزلق به حيوان فمات به فقال أصحابنا على صاحب الدابة الضمان إذا كان راكبا لها أو قائدا أو سائقا لها لانه تلفــ حصل من جهة دابته التى يده عليها فأشبه ما لو جنت بيدها أو فمها وقياس المذهب أنه لا يضمن ما تلفـــ بذلك لانه لا يد له على ذلك ولا يمكن التحرز منه فلم يضمن ما تلفـــ به كما لو أتلفت برجلها وكما لو لم يكن له يد عليها ويفارق هذا ما أتلفت بيدها وفمها لانه يمكنه حفظهما .

( فصل ) وإذا وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجرا فرمته الريح على انسان فقتله أو شيء أتلفه لم يضمن لأن ذلك من غير فعله ووضعه له كان فى ملكه ، ويحتمل أن يضمن اذا وضعها متطرفة لأنه نسب الى القائها وتعدى بوضعها فأشبه من بنى حائطه مائلا .

( فصل ) وان سلم ولده الصغير الى السابح ليعلمه السباحة فغرق فالضمان على عاقلة السابح لانه سلمه اليه ليحتاط فى حفظه فإذا غرق نسب الى التفريط فى حفظه وقال القاضى قياس المذهب أن لا يضمنه لانه فعل ما جرت العادة به لمصلحته فلم يضمن ماتلفــ به كما اذا ضرب المعلم الصبى ضربا معتادا فتلفــ به ، فأما الكبير اذا غرق فليس على السابح شيء اذا لم يفرط لأن الكبير فى يد نفسه لا ينسب التفريط فى هلاكه الى غيره .

( فصل ) واذا طلب انسانا بسيف مشهور فهرب منه فتلف فى هربه ضمنه سواء وقع من شاهق أو انخسف به سقف أو خر فى بئر أو لقيه سبع فافترسه أو غرق فى ماء أو احترق بنار وسواء كان المطلوب صبيا أو كبيراً أعمى أو بصيراً عاقلا أو مجنونا ، وقال الشافعى لا يضمن البالغ العاقل البصير الا أن يخسف به سقف فإن فيه وفى الصغير والمجنون والأعمى قولان لانه هلك بفعل نفسه فلم يضمنه الطالب كما لو لم يطلبه .

ولنا : أنه هلك بسبب عدوانه فضمنه كما لو حفر له بئراً أو نصب سكينا أو سم طعامه ووضعه فى منزله ، وما ذكره يبطل بهذه الأصول ، ولأنه تسبب الى إهلاكه فأشبه ما لو انخسف من تحته سقف أو كان صغيرا أو مجنونا ، وان طلبه بشىء يخيفه به ، كالليث ونحوه ، فحكمه حكم ما لو طلبه بسيف مشهور لأنه فى معناه .

( فصل ) ولو شهر سيفا فى وجه إنسان أو دلاه من شاهق فمات من روعته أو ذهب عقله فعليه ديته ، وإن صاح بصبي أو مجنون صيحة شديدة فخر من سطح أو نحوه فمات أو ذهب عقله ، أو تغفل عاقلا فصاح به فأصابه ذلك فعليه ديته تحملها العاقلة ، فإن فعل ذلك عمداً فهو شبه عمد وإلا فهو خطأ ، ووافق الشافعى فى الصبي وله فى البالغ قولان . ولنا أنه سبب إتلافه فضمنه كالصبي .

## ( فصل )

وإن قدم انسانا الى هدف يرميه الناس فأصابه سهم من غير تعمد فضمانه على عاقلة الذى قدمه لان الرامى كالحافر والذى قدمه كالدافع فكان الضمان على عاقلته ، وان عمد الرامى رميه فالضمان عليه لانه مباشر وذاك متسبب فأشبه الممسك والقاتل ، وان لم يقدمه أحد فالضمان على الرامى وتحمله عاقلته ان كان خطأ لانه قتله .

( فصل ) وان شهد رجلان على رجل بجرح أو قتل أو سرقة قد توجب القطع أو زنا يوجب الرجم أو الجلد ونحو ذلك فاقتص منه أو قطع بالسرقة أو حد فأفضى الى تلفه ثم رجعا عن الشهادة لزمهما ضمان ما تلف بشهادتهما ،

كالشريكين فى الفعل ، ويكون الضمان فى مالها لا تحمله عاقلتهما ، لأنها لا تحمل اعترافا وهذا يثبت باعترافهما .

وقد روى عن على رضى الله عنه أن شاهدين شهدا عنده على رجل بالسرقة فقطعه ثم أتيا بآخر فقالا : يا أمير المؤمنين ليس ذاك السارق إنما هذا هو السارق فأغرمهما دية الأول وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما ، ولم يقبل قولهما فى الثانى . وإن أكره رجل رجلا على قتل إنسان فقتله فصار الأمر إلى الدية فهى عليهما لانهما كالشريكين ، ولهذا وجب القصاص عليهما ، ولو أكره رجل امرأة فزنى بها فحملت فماتت من الولادة ضمنها لأنها ماتت بسبب فعله وتحملها العاقلة إلا أن لا يثبت ذلك إلا (١) باعترافه فتكون الدية عليه لان العاقلة لا تحمل اعترافا .

( فصـــــل )

إذا بعث السلطان إلى امرأة ليحضرها فأسقطت جنينا ميتا ضمنه لما روى أن عمر رضى الله عنه بعث إلى إمرأة مغيبة كان يدخل عليها فقالت يا ويلها ما لها ولعمر ، فبينا هى فى الطريق إذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولدا ، فصاح الصبى صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، فأشار بعضهم أن ليس عليك شىء انما أنت وال ومؤدب ، وصمت على فأقبل عليه عمر فقال . ماتقول يا أبا الحسن ؟ فقال : ان كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم ، وان كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك ، ان ديته عليك لانك أفزعتها فألقته ، فقال عمر : أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك ، ولو فزعت المرأة فماتت لوجبت ديتها أيضا ، ووافق الشافعى فى ضمان الجنين وقال لا تضمن المرأة ، لان ذلك ليس بسبب الى هلاكها فى العادة .

ولنا أنها نفس هلكت بإرساله اليها فضمنها كجنينها أو نفس هلكت بسببه فغرمها كما لو ضربها فماتت ، وقوله انه ليس بسبب عادة ، قلنا ليس كذلك فإنه سبب للإسقاط والاسقاط سبب للهلاك عادة ثم لا يتعين فى الضمان كونه سببا معتادا ، فإن الضربة والضربتين بالسوط ليست سببا للهلاك فى العادة ، ومتى أفضت اليه

---

(١) فى نسخة بدون الا

وجب الضمان، وان استعدى إنسان على امرأة فألقت جنينا أو ماتت فزعا فعلى عاقلة المستعدى الضمان ان كان ظالما لها ، وان كانت هي الظالمة فأحضرها عند الحاكم فينبغي أن لا يضمنها لانها سبب احضارها بظلمها فلا يضمنها غيرها ولانه استوفى حقه فلم يضمن ما تلف به كالقصاص ويضمن جنينها لانه تلف بفعله فأشبه ما لو اقتص منها .

( فصل ) ومن أخذ طعام انسان أو شرابه في برية أو مكان لا يقدر فيه على طعام وشراب فهلك بذلك أو هلكت بهيمته فعليه ضمان ما تلف به لانه سبب هلاكه ، وان اضطر الى طعام وشراب لغيره فطلبه منه فمنعه اياه مع غناه عنه في تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه . لما روى عن عمر ( رض ) أنه قضى بذلك ولانه اذا اضطر اليه صار أحق به ممن هو في يده وله أخذه قهراً فإذا منعه اياه تسبب الى اهلاكه بمنعه مايستحقه فلزمه ضمانه كما لو أخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك ، وظاهر كلام أحمد أن الدية في ماله لانه تعمد هذا الفعل الذي يقتل مثله غالبا وقال القاضي : تكون على عاقلته لان هذا لا يوجب القصاص فيكون شبه العمد ، وان لم يطلبه منه لم يضمنه لانه لم يمنعه ولم يوجد منه فعل تسبب به الى هلاكه ؛ وكذلك كل من رأى انسانا في مهلكة فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك لم يلزمه ضمانه وقد أساء .

وقال أبو الخطاب : قياس المسألة الاولى وجوب ضمانه لانه لم ينجه من الهلاك مع امكانه فيضمنه ، كما لو منعه الطعام والشراب .

ولنا أنه لم يهلكه ولم يكن سببا في هلاكه فلم يضمنه ، كما لو يعلم بحاله ، وقياس هذا على هذه المسألة غير صحيح لانه في المسألة منعه منعا كان سببا في هلاكه فضمنه بفعله الذي تعدى به وههنا لم يفعل شيئا يكون سببا .

( فصل ) ومن ضرب انسانا حتى أحدث فإن عثمان رضي الله عنه قضى فيه بثلث الدية . وقال أحمد : لاأعرف شيئا يدفعه ، وبه قال اسحاق ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لاشيء فيه لان الدية انما تجب لإتلاف منفعة أو عضو أو ازالة جمال ، وليس ههنا شيء من ذلك ، وهذا هو القياس ، وانما ذهب من ذهب الى ايجاب الثلث لقضية عثمان لأنها في مظنة الشهرة ولم ينقل خلافها فيكون اجماعا

ولان قضاء الصحابي بما يخالف القياس يدل على أنه توقيف ، وسواء كان الحدث ريحا أو غائطا أو بولا ، وكذلك الحكم فيما إذا أفزعه حتى أحدث .

( فصل ) اذا ادعى القاتل أن المقتول كان عبداً أو ضرب ملفوفاً فقده أو عليه حائطا أو ادعى أنه كان ميتا وأنكر وليه ذلك فالقول قول الولي مع يمينه وهذا أحد قولي الشافعي . وقال في الآخر القول قول الجاني لان الاصل براءة ذمته وما ادعاه محتمل فلا يزول عن اليقين بالشك .

ولنا أن الاصل حياة المجني عليه وحريته فيجب الحكم ببقائه ، كما لو قتل من كان مسلما وادعى انه ارتد قبل قتله ، وبهذا يبطل ما ذكره : وهكذا لو قتل في دار الاسلام انسانا وادعى أنه كان كافرا وأنكر وليه فالقول قول الولي لان الدار دار الاسلام ولذلك حكمنا بإسلام لقيطها ، وان قطع عضوا وادعى شلله أو قلع عينا وادعى عماها وأنكر الولي فالقول قول المجني عليه لان الاصل السلامة ، وكذلك لو قطع ساعدا وادعى أنه لم يكن عليه كف أو قطع ساقا وادعى أنه لم يكن لها قدم .

وقال القاضي : ان اتفقا على أنه كان بصيرا فالقول قول المجني عليه والا فالقول قول الجاني ، وهذا مذهب الشافعي ، وكذلك على قياسه اذا اختلفا في شلل العضو لان هذا مما لا يتعذر اقامة البينة عليه ، فإنه لا يخفى على أهله وجيرانه ومعامليه ، وصفة تحمل الشهادة عليه أنه كان يتبع الشخص بصره ويتوقى ما يتوقاه البصير ويتجنب البئر وأشباهه في طريقه ويعدل في العطفات خلف من يطلبه

ولنا أن الاصل السلامة فكان القول قول من يدعيه ، كما لو اختلفا في اسلام المقتول وحياته ، وقولهم لا تتعذر اقامة البينة عليه ، قلنا وكذلك لا تتعذر اقامة البينة على ما يدعيه الجاني فإيجابها عليه أولى من ايجابها على من يشهد له الاصل . ثم يبطل بسائر المواضع التي سلموها ، فان قالوا ههنا ما ثبت أن الاصل وجود البصر ، قلنا الظاهر يقوم مقام الاصل ولهذا رجحنا قول من يدعي حريته واسلامه

( فصل ) وان زاد في القصاص من الجراح وقال انما حصلت الزيادة باضطرابه وأنكر المجني عليه ففيه وجهان . أحدهما القول قول المقتص منه لان

الاصل عدم الاضطراب ووجوب الضمان . والثانى : القول قول المقتص لان الاصل براءة ذمته وما يدعيه محتمل

والاول أصح فان الجرح سبب وجوب الضمان ، وما يدعيه من الاضطراب المانع من ثبوت حكمه الاصل عدمه ، فالقول قول من ينفيه . كما لو جرح رجلا وادعى أنه جرحه دفعا عن نفسه، أو قتله وادعى أنه وجده مع أهله، أو قتل بهيمة وادعى أنها صالت عليه .

# باب ديات الجراح

الجراح تتنوع نوعين . أحدهما : الشجاج ، وهى ما كان فى رأس أو وجه النوع الثانى : ما كان فى سائر البدن وينقسم قسمين . أحدهما : قطع عضو . والثانى : قطع لحم ، والمضمون فى الآدمى ضربان . أحدهما: ما ذكرنا : والثانى : تفويت منفعة كتفويت السمع والبصر والعقل

« مسألة » قال رحمه الله ﴿ ومن أتلف ما فى الانسان منه شيء واحد ففيه الدية وما فيه شيئان ففى كل واحد منهما نصف الدية ﴾

وجملة ذلك أن كل عضو لم يخلق الله تعالى فى الانسان منه إلا واحداً كاللسان والأنف والذكر والصلب ففيه دية كاملة ، لأن إتلافه إذهاب منفعة الجنس ، وإذهابها كاتلاف النفس ، وما فيه منه شيئان كاليدين والرجلين والعينين والاذنين والمنخرين والشفتين والخصيتين والثديين والاليتين ففيهما الدية كاملة ، لان فى إتلافهما اذهاب منفعة الجنس ، وفى احداهما نصف ، لان فى اتلافه اذهاب نصف منفعة الجنس وهذه الجملة مذهب الشافعى ولا نعلم فيه مخالفا

وقد روى عن الزهرى عن أبى بكر ابن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله (ص) كتب له فى كتابه « وفى الانف اذا أوعب جدعه الديه وفى اللسان الدية وفى الشفتين الدية وفى البيضتين الدية وفى الذكر الدية وفى الصلب الديه وفى العينين الدية وفى الرجل الواحدة نصف الدية» رواه النسائى وغيره ورواه ابن عبد البر وقال كتاب عمرو بن حزم معروف عند الفقهاء وما فيه متفق عليه عند العلماء الا قليلا

( فصـل ) وما فى الإنسان منه أربعة أشياء ففيها الدية وفى كل واحد منها ربع الديه ، وهو أجفان العينين وأهدابها وما فيه منه عشرة ففيها الدية وفى كل واحد منها عشرها وهى أصابع اليدين وأصابع الرجلين وما فيه منه ثلاثة أشياء ففيها الدية وفى الواحد ثلثها وهو المنخران والحاجز بينهما وعنه فى المنخرين الدية وفى الحاجز حكومة لأن المنخرين شيئان من جنس فكان فيهما الدية كالشفتين وليس فى البدن شىء من جنس يزيد على الدية إلا الاسنان فإن فى كل سن خمسا من الإبل فتزيد على الدية ، وقد روى أنه ليس فيها إلا الدية قياسا على سائر مافى البدن ، والصحيح الأول لأن الخبر عن النبى صلى الله عليه وسـلم ورد بإيجاب خمس فى كل سن فيجب العمل به وإن خالف القياس .

« مسألة » قال ( وفى العينين الدية )

أجمع أهل العلم على أن فى العينين إذا أصيبتا خطأ الدية وفى العين الواحـدة نصفها ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « وفى العينين الدية » ولأنه ليس فى الجسد منهما إلا شيئان ففيهما الدية ، وفى إحداهما نصفها كسـائر الاعضاء التى كذلك ، وروى عن النبى صلى الله عليه وسـلم أنه قال « وفى العين الواحدة خمسـون من الإبل» رواه مالك فى موطئه ، ولان العينين من أعظم الجوارح نفعا وجمالا فكانت فيهما الدية ، وفى إحداهما نصفها كاليدين .

إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يكونا صغيرتين أو كبيرتين ومليحتين أو قبيحتين أو صحيحتين أو مريضتين أو حولاوين أو رمصتين ، فان كان فيهما بياض لا ينقص البصر لم تنقص الدية وان نقص البصر نقص من الدية بقدره وفى ذهاب البصر الدية ، لان كل عضوين وجبت الدية بذهابهما وجبت باذهاب نفعهما كاليدين إذا أشلهما . وفى ذهاب بصر أحدهما نصف الدية كما لو أشل يدأ واحدة ، وليس فى إذهابهما بنفعهما أكثر من دية كاليدين .

( فصل ) وان جنى على رأسه جناية ذهب بها بصره فعليه ديته لانه ذهب بسبب جنايته ، وان لم يذهب بها فداواها فذهب بالمداوة فعليه ديته لانه ذهب بسبب فعله . وان اختلفوا فى ذهاب البصر رجع الى اثنين عدلين مسلمين من أهل

الخبرة لأن لهما طريقاً إلى معرفة ذلك لمشاهدتهما العين التي هي محل البصر ومعرفة بحالها بخلاف السمع وان لم يوجد أهل الخبرة أو تعذر معرفة ذلك اعتبر بأن يوقف في عين الشمس ويقرب الشيء من عينه في أوقات غفلته فان طرف عينه وخاف من الذي يخوف به فهو كاذب وإلا حكم له، واذا علم ذهاب بصره، وقال أهل الخبرة لا يرجى عوده وجبت الدية .

وإن قالوا : يرجى عوده الى مدة عينوها انتظر اليها ولم يعط الدية حتى تنقضي المدة فإن عاد البصر سقطت عن الجاني، وان لم يعد استقرت الدية ، وان مات المجني عليه قبل العود استقرت الدية سواء مات في المدة أو بعدها فإن ادعى الجاني عود بصره قبل موته وأنكر وارثه فالقول قول الوارث لأن الأصل معه ، وان جاء أجنبي فقلع عينه في المدة استقرت على الاول الدية أو القصاص لأنه أذهب البصر فلم يعد وعلى الثاني حكومة لأنه أذهب عينا لا ضوء لها يرجى عودها ، وان قال الاول عاد ضوؤها وأنكر الثاني فالقول قول المنكر لأن الأصل معه فإن صدق المجني عليه الأول سقط حقه عنه ولم يقبل قوله على الثاني .

وان قال أهل الخبرة يرجى عوده لكن لا نعرف له مدة وجبت الدية أو القصاص لأن انتظار ذلك الى غير غاية يفضي الى إسقاط موجب الجناية والظاهر في البصر عدم العود والأصل يؤيده فان عاد قبل استيفاء الواجب سقط وان عاد بعد الاستيفاء وجب رد ما أخذ منه لأنا تبينا أنه لم يكن واجباً .

( فصل ) وان جنى عليه فنقص ضوء عينيه ففي ذلك حكومة ، وان ادعى نقص ضوئهما فالقول قوله مع يمينه ، لأنه لا يعرف ذلك إلا من جهته ، وان ذكر أن احداهما نقصت عصبت المريضة وأطلقت الصحيحة ونصب له شخص فيباعد عنه فكلما قال رأيته فوصف لونه علم صدقه حتى تنتهي فاذا انتهت علم موضعها ثم تشد الصحيحة وتطلق المريضة وينصب له شخص ثم يذهب حتى تنتهي رؤيته ثم يدار الشخص الى جانب آخر فيصنع به مثل ذلك ، ثم يعلم عند المسافتين ويذرعان ويقابل بينهما فاذا كانتا سواء فقد صدق ، وينظر كم بين مسافة رؤية العليلة والصحيحة ويحكم له من الدية بقدر ما بينهما ، وان اختلفت المسافتان فقد كذب وعلم أنه

قصر مسافة رؤية المريضة ليكثر الواجب له ، فيردد حتى تستوى المسافة بين الجانبين والأصل فى هذا ما روى عن على رضى الله عنه .

قال ابن المنذر : أحسن ماقيل فى ذلك ماقاله على رضى الله عنه أمر بعينه فعصبت وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره ، ثم أمر فخط عند ذلك ، ثم أمر بعينه فعصبت الأخرى وفتحت الصحيحة ، وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو يبصر حتى انتهى بصره ، ثم خط عند ذلك ، ثم حول الى مكان آخر ففعل مثل ذلك فى جدوه سواء ، فأعطاه بقدر مانقص من بصره من مال الآخر

قال القاضى : وإذا زعم أهل الطب أن بصره يقل إذا بعدت المسافة ويكثر إذا قربت وأمكن هذا فى المذارعة عمل عليه ، وبيانه أنهم اذا قالوا أن الرجل إذا كان يبصر الى مائة ذراع ، ثم أراد أن يبصر الى مائتى ذراع احتاج المائة الثانية الى ضعفى مايحتاج اليه المائة الأولى من البصر فعلى هذا إذا أبصر بالصحيحة الى مائتين وأبصر بالعليلة الى مائة علمنا أنه قد نقص ثلثا بصر عينه فيجب له ثلثا ديتها ، وهذا لا يكاد ينضبط فى الغالب ، وكل مالا ينضبط ففيه حكومة ، وان جنى على عينيه فندرتا أو إذا حولتا أو أعمشتا ففى ذلك حكومة كما لو ضرب يده فاعوجت ، والجناية على الصبى والمعتوه كالجناية على البالغ والعاقل ، وانما يفترقان فى أن البالغ خصم لنفسه ، والخصم للصبى والمجنون وليهما فاذا توجهت اليمين عليهما لم يحلفا ولم يحلف الولى عنهما فان بلغ الصبى وأفاق المجنون حلفا حينئذ ، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كمذهبنا .

( فصل ) وفى عين الأعور دية كاملة ، وبذلك قال الزهرى ومالك والليث وقتادة وإسحاق . وقال مسروق وعبدالله بن مغفل والنخعى والثورى وأبو حنيفة والشافعى : فيها نصف الدية لقوله عليه السلام « وفى العين خمسون من الإبل » وقول النبى صلى الله عليه وسلم « وفى العينين الدية » يقتضى أن لا يجب فيهما أكثر من ذلك سواء قلعهما واحد أو اثنان فى وقت واحد أو فى وقتين ، وقالع الثانية قالع عين أعور فلو وجبت عليه دية لوجب فيهما دية ونصف ولأن ما ضمن بنصف الدية مع بقاء نظيره ضمن به مع ذهابه كالأذن ، ويحتمل هذا كلام الخرقى لقوله وفى العين الواحدة نصف الدية لم يفرق .

ولنا أن عمر وعثمان وعليا وابن عمر قضوا فى عين الأعور بالدية ، ولم نعلم لهم فى الصحابة مخالفا فيكون إجماعا ، ولأن قلع عين الأعور تتضمن إذهاب البصر كله فوجبت الدية كما لو أذهبه من العينين ، ودليل ذلك أنه يحصل بها مايحصل بالعينين ، فانه يرى الاشياء البعيدة ويدرك الاشياء اللطيفة ويعمل أعمال البصراء ويجوز أن يكون قاضيا وشاهداً ويجزىء فى الكفارة وفى الاضحية إذا لم تكن العوراء مخسوفة فوجب فى بصره ديه كامله كذا فى العينين .

فان قيل : فلو صح هذا لم يجب فى ذهاب بصر إحدى العينين نصف الدية لانه لم ينقص . قلنا لايلزم من وجوب شيء من دية العينين نقص دية الثانى بدليل ما لو جنى عليهما فأحولتا أو عمشتا أو نقص ضوؤهما فانه يجب أرش النقص ولاتنقص ديتهما بذلك ، ولان النقص الحاصل لم يؤثر فى تنقيص أحكامه ولاهو مضبوط فى تفويت النفع فلم يؤثر فى تنقيص الدية كالذى ذكرنا .

## فصل

وان قلع الاعور عين صحيح نظرنا فان قلع العين التى لا تماثل عينه الصحيحة أو قلع المماثله للصحيحة خطأ فليس عليه الا نصف الدية لا أعلم فيه مخالفا لأن ذلك هو الأصل ، وان قلع المماثله لعينه الصحيحة عمداً فلا قصاص عليه وعليه دية كامله ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك فى احدى روايتيه . وقال فى الأخرى : عليه نصف الدية ولا قصاص .

وقال المخالفون فى المسألة الاولى : له القصاص . لقوله تعالى ( والعين بالعين ) وان اختار الدية فله نصفها للخبر ولانه لو قلعها غيره لم يجب فيها الا نصف الدية فلم يجب عليه الا نصفها كالعين الاخرى .

ولنا . أن عمر وعثمان قضيا بمثل مذهبنا ولا نعرف لهما مخالفا فى الصحابة فكان اجماعا .

( فصل ) وان قلع الأعور عينى صحيح العينين فليس عليه الا دية عمداً كان أو خطأ ، وذكر القاضى أن قياس المذهب وجوب ديتين . احداهما : فى العين التى استحق بها قلع عين الاعور . والاخرى : فى الاخرى لانها عين أعور .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « فى العينين الدية » ولانه قلع عينين فلم يلزمه

أكثر من الدية كما لو كان القاطع صحيحاً : ولأنه لم يزد على تفويت منفعة الجنس فلم يزد على الدية كما لو قطع أذنه ، وما ذكره القاضي لا يصح ، لأن وجوب الدية في إحدى عينيه لا يجعل الاخرى عين أعور على أن وجوب الدية بقلع إحدى العينين قضية مخالفة للخبر والقياس صرنا اليها لاجماع الصحابة عليها ففيما عدا موضع الاجماع يجب العمل بهما والبقاء عليهما فإن كان قلعهما عمداً فاختار القصاص فليس له إلا قلع عينه لأنه أذهب بصره كله فلم يكن له أكثر من إذهاب بصره ، وهذا مبنى على ما تقدم من قضاء الصحابة ، ولأن عين الأعور تقوم مقام العينين ، وأكثر أهل العلم على أن له القصاص من العين ونصف الدية للعين الأخرى وهو مقتضى الدليل والله أعلم .

( فصل ) وان قطع يد أقطع أو رجل أقطع الرجل فله نصف الدية أو القصاص من مثلها لانه عضو أمكن القصاص من مثله ، فكان الواجب فيه القصاص أو دية مثله كما لو قطع أذن من له أذن واحدة .

وعن أحمد رواية أخرى أن الاولى إن كانت قطعت ظلما وأخذ ديتها أو قطعت قصاصا ففيها نصف ديتها ، وان قطعت فى سبيل الله فى الباقية دية كاملة لأنه عطل منافعه من العضوين جملة فأشبه قلع عين الاعور والصحيح الاول لأن هذا أحد العضوين اللذين تحصل بهما منفعة الجنس لا يقوم مقام العضوين فلم تجب فيه دية كامله كسائر الأعضاء وكما لو كانت الاولى أخذت قصاصا أو فى غير سبيل الله ولا يصح القياس على عين الأعور لوجوه ثلاثة .

أحدها : أن عين الأعور حصل بها ما يحصل بالعينين ولم يختلفا فى الحقيقة والاحكام إلا تفاوتا يسيراً بخلاف أقطع اليد والرجل .

والثانى : أن عين الاعور لم يختلف الحكم فيها باختلاف صفة ذهاب الاولى وههنا اختلفا الثالث : أن هذا التقدير والتعيين على هذا الوجه أمر لا يصار اليه بمجرد الرأى ولا توقيف فيه فيصار اليه ولا نظير له فيقاس عليه والمصير اليه تحكم بغير دليل فيجب إطراحه ، وان قطعت أذن من قطعت أذنه أو منخر من قطعت منخره لم يجب فيه أكثر من نصف الدية رواية واحدة لان منفعة كل أذن لا تتعلق بالاخرى بخلاف العينين .

« مسألة » قال ( وفى الاشفار الأربعة الدية وفى كل واحد منها ربع الديه )

يعنى أجفان العينين وهى أربعه ففى جميعها الدية لأن فيها منفعة الجنس وفى كل واحد منها ربع الديه : لأن كل ذى عدد تجب فى جميعه الديه تجب فى الواحد منها بحصته من الديه كاليدين والأصابع ؛ وبهذا قال الحسن والشعبى وقتادة وأبو هاشم والثورى والشافعى وأصحاب الرأى . وعن مالك فى جفن العين وحجاجها الاجتهاد ، لأنه لم يعلم تقديره عن النبي صلى الله عليه وسلم والتقدير لا يثبت قياسا .

ولنا : أنها أعضاء فيها جمال ظاهر ونفع كامل فإنها تكن العين وتحفظها وتقيها الحر والبرد وتكون كالغلاق عليها يطبقه اذا شاء ويفتحه اذا شاء ولولاها لقبح منظره فوجبت فيها الديه كاليدين ولا نسلم أن التقدير لا يثبت قياسا فإذا ثبت هذا فإن فى أحدها ربع الديه . وحكى عن الشعبى أنه يجب فى الاعلى ثلثا دية العين وفى الأسفل ثلثها لانه أكثر نفعا

ولنا : أن كل ذى عدد تجب الدية فى جميعه تجب بالحصة فى الواحد منه كاليدين والاصابع وما ذكره يبطل باليمنى مع اليسرى والاصابع ، وإن قلع العينين بأشفارهما وجبت ديتان لانهما جنسان تجب الدية بكل واحد منهما منفرداً فوجبت باتلافهما جملة ديتان كاليدين والرجلين ، وتجب الدية فى أشفار عين الاعمى . لأن ذهاب بصره عيب فى غير الاجفان . فلم يمنع وجوب الدية فيها كذهاب الشم لا يمنع وجوب الدية فى الانف

( فصل ) وتجب فى أهداب العينين بمفردها الديه . وهو الشعر الذى على الاجفان وفى كل واحد منها ربعها . وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعى فيه حكومة

ولنا : أن فيها جمالا ونفعا فانها تقى العينين وترد عنهما وتحسن العين وتجملها فوجبت فيها الدية كالاجفان وإن قطع الاجفان بأهدابها لم يجب أكثر من دية لان الشعر يزول تبعا لزوال الاجفان فلم تفرد بضمان كالاصابع اذا قطع اليد وهى عليها

« مسألة » قال ( وفى الاذنين الدية )

روى ذلك عن عمر وعلى وبه قال عطاء ومجاهد والحسن وقتادة والثورى

والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى ومالك فى إحدى الروايتين عنه ، وقال فى الاخرى فيهما حكومة لأن الشرع لم يرد فيها بتقدير ولا يثبت التقدير بالقياس .

ولنا أن فى كتاب النبي صلى الله علية وسلم لعمرو بن حزم « وفى الأذنين الدية » ولأن عمر وعلياً قضيا فيها بالدية .

فإن قيل فقد روى عن أبي بكر رضى الله عنه أنه قضى فى الأذن بخمسة عشر بعيراً . قلنا لم يثبت ذلك ، قاله ابن المنذر ، ولأن ما كان فى البدن منه عضوان كان فيهما الدية كاليدين ، وفى إحداهما نصف الديه بغير خلاف بين القائلين بوجوب الدية فيهما ، ولأن كل عضوين وجبت الدية فيهما وجب فى أحدهما نصفها كاليدين ، وإن قطع بعض إحداهما وجب بقدر ما قطع من ديتها ففى نصفها نصف ديتها وفى ربعها ربعها ، وعلى هذا الحساب ، سواء قطع من أعلى الاذن أو أسفلها أو اختلف فى الجمال أو لم يختلف ، كما أن الاسنان والاصابع تختلف فى الجمال والمنفعة وديانها سواء .

وقد روى عن أحمد رحمه الله فى شحمة الاذن ثلث الدية ، والمذهب الاول ، وتجب الدية فى أذن الأصم ، لان الصمم نقص فى غير الاذن فلم يؤثر فى ديتها كالعمى لا يؤثر فى ديه الاجفان . وهذا قول الشافعى ولا أعلم فيه مخالفاً .

( فصـــل )

فإن جنى على أذنه فاستحشفت ، واستحشافها كشلل ســـائر الاعضاء ففيها حكومة ، وهذا أحد قولى الشافعى . وقال فى الآخر : فى ذلك ديتها لان ماوجبت ديته بقطعه وجبت بشلله كاليد والرجل .

ولنا أن نفعها باق وبعد استحشافها وجمالها ، فإن نفعها جمع الصوت ، ومنع دخول الماء والهوام فى صماخه ، وهذا باق بعد شللها ، فإن قطعها قاطع بعد استحشافها ففيها ديتها لانه قطع أذنا فيها جمالها ونفعها فوجبت ديتها كالصحيحة ، وكما لو قلع عينا عمشاء أو حولاء .

« مسألة » قال ( وفى السمع إذا ذهب من الاذنين الدية )

لا خلاف فى هذا . قال ابن المنذر . أجمع عوام أهل العلم على أن فى السمع

الدية روى ذلك عن عمر وبه قال مجاهد وقتادة والثورى والاوزاعى وأهل الشام وأهل العراق ومالك والشافعي وابن المنذر ولا أعلم عن غيرهم خلافا لهم . وقد روى عن معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « وفى السمع الدية »

وروى أبو المهلب عن أبي قلابة أن رجلا رمى رجلا بحجر فى رأسه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه ، فقضى عمر بأربع ديات والرجل حى ، ولانها حاسة تختص بنفع فكان فيها الدية كالبصر ، وإن ذهب السمع من إحدى الاذنين وجب نصف الدية ، كما لو ذهب البصر من إحدى العينين ، وان قطع أذنه فذهب سمعه وجبت ديتان لان السمع فى غيرهما ، فأشبه ما لو قلع أجفان عينيه فذهب بصره بخلاف العين إذا قلعت فذهب بصره ، فإن البصر فى العين ، فأشبه البطش الذاهب بقطع اليد .

( فصل ) وان اختلفا فى ذهاب سمعه فإنه يتغفل ويصاح به وينظر اضطرابه ويتأمل عند صوت الرعد والاصوات المزعجة ، فإن ظهر منه انزعاج أو التفات أو ما يدل على السمع فالقول قول الجانى مع يمينه ، لان ظهور الامارات يدل على أنه سميع فغلبت جنبة المدعى وحلف لجواز أن يكون ما ظهر منه اتفاقا وان لم يوجد منه شيء من ذلك فالقول قوله مع يمينه لان الظاهر أنه غير سميع ، وحلف لجواز أن يكون احترز وتصبر ، وان ادعى ذلك فى احداهما سدت الاخرى وتغفل على ما ذكرنا ، فان ادعى نقصان السمع فيهما فلا طريق لنا الى معرفة ذلك الا من جهته فيحلفه الحاكم ويوجب حكومة .

وان ادعى نقصه فى أحدهما سددنا العليلة وأطلقنا الصحيحة وأقمنا من يحدثه وهو يتباعد الى حيث يقول انى لا أسمع ، فاذا قال انى لا أسمع غير عليه الصوت والكلام . فان بان أنه يسمع والا فقد كذب ، فاذا انتهى الى آخر سماعه قدر المسافة وسد الصحيحة وأطلقت المريضة وحدثه وهو يتباعد حتى يقول : انى لا أسمع ، فاذا قال ذلك غير عليه الكلام ، فان تغيرت صفته لم يقبل قوله ، وان لم تتغير صفته حلف وقبل قوله ومسحت المسافتان ، ونظر ما نقصت العليلة فوجب بقدره ، فان قال انى أسمع العالى ولا أسمع الخفى ، فهذا لا يمكن تقديره فتجب فيه حكومة .

( فصـــل )

فإن قال أهل الخبرة انه يرجى عود سمعه إلى مـدة انتظر اليها ، وإن لم يكن لذلك غاية لم ينتظر ، ومتى عاد السمع فإن كان قبل أخذ الدية سقطت ، وان كان بعده ردت على ما قلنا فى البصر .

« مسـألة » قال ( وفى قرع الرأس إذا لم ينبت الشعر الدية ، وفى شعر اللحية الدية إذا لم ينبت ، وفى الحاجبين الدية إذا لم تنبت )

هذه الشعور الثلاثة فى كل واحد منها دية ، وذكر أصحابنا معها شعراً رابعاً ، وهو أهداب العينين ، وقد ذكرناه قبل هذا فى كل واحد منهما دية . وهذا قول أبى حنيفة والثورى .

وممن أوجب فى الحاجبين الدية سعيد بن المسيب وشريح والحسن وقتـادة ، وروى عن على وزيد بن ثابت أنهما قالا فى الشعر فيه الدية ؛ وقال مالك والشافعى فيه حكومة ، واختاره ابن المنـذر لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه الدية كاليد الشلاء والعين القائمة .

ولنا أنه أذهب الجمال على الكمال فوجب فيه دية كاملة كأذن الأصم وأنفـ الأخشم ، وما ذكروه ممنوع فإن الحاجب يرد العرق عن العين ويفرقه ، وهدب العين يرد عنها ويصونها ، فجرى مجرى أجفانها ، وينتقض ما ذكروه بالأصل الذى قسنا عليه ويفارق اليد الشلاء فإنه ليس جمالها كاملا .

( فصل ) وفى أحد الحاجبين نصفـــ الديه ، لأن كل شيئين فيهما الدية ففى أحدهما نصفها كاليدين ، وفى بعض ذلك أو ذهاب شىء من الشعور المـذكورة من الدية بقسطه من ديته يقـدر بالمساحة كالأذنين ومارن الأنفـ ، ولا فرق فى هذه الشعور بين كونها كثيفة أو خفيفة أو جميلة أو قبيحة ، أو كونها من صغير أو كبير لان سائر ما فيه الديه من الاعضاء لا يفترق الحال فيه بذلك ، وان أبقى من لحيته مالا جمال فيه أو من غيرها من الشعور ففيه وجهان :

أحدهما : يؤخذ بالقسط لأنه محل يجب فى بعضه بحصته فأشبه الاذن ومارن الانف ، والثانى : تجب الدية كاملة لانه أذهب المقصود كله فأشبه ما لو أذهب ضوء العينين ، ولأن جنايته ربما أحوجت الى اذهاب الباقى لزيادته فى القبح على ذهاب الكل فتكون جنايته سببا لذهاب الكل فأوجبت ديته ، كما لو ذهب بسراية الفعل أو كما لو احتاج فى دواء شجة الرأس الى ما ذهب بضوء عينه .

( فصـــل ) ولا تجب الديه فى شىء من هذه الشعور إلا بذهابه على وجه لا يرجى عوده ، مثل أن يقلب على رأسه ماء حاراً فتلف منبت الشعر فينقلع بالكلية بحيث لا يعود ، وان رجى عوده الى مدة انتظر اليها ، وان عاد الشعر قبل أخذ الديه لم تجب فإن عاد بعد أخذها ردها ، والحكم فيه كالحكم فى ذهاب السمع والبصر فيما يرجى عوده وفيما لا يرجى .

( فصل ) ولا قصاص فى شىء من هذه الشعور ، لان إتلافها إنما يكون بالجناية على محلها وهو غير معلوم المقدار فلا تمكن المساواة فيه فلا يجب القصاص فيه .

« مسأله » قال ( وفى المشام الديه )

يعنى الشم فى اتلافه الديه ، لأنه حاسة تختص بمنفعة فكان فيها الدية كسائر الحواس ، ولا نعلم فى هذا خلافا . قال القاضى : فى كتاب عمرو بن حزم عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « وفى المشام الديه » فإن ادعى ذهاب شمه اغتفلناه بالروائح الطيبة والمنتنه ، فإن هش للطيب وتنكر للنتن فالقول قول الجانى مع يمينه ، وان لم يبن منه ذلك فالقول قول المجنى عليه كقولهم فى اختلافهم فى السمع وان ادعى المجنى عليه نقص شمه فالقول قوله مع يمينه لانه لا يتوصل الى معرفة ذلك الا من جهته فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة فى انقضاء عدتها بالاقراء ويجب له من الديه ما تخرجه الحكومه . وان ذهب شمه ثم عاد قبل أخذ الديه سقطت ، وان كان بعد أخذها ردها لانا تبينا أنه لم يكن ذهب ، وان رجى عود شمه الى مدة انتظر اليها ، وان ذهب شمه من أحد منخريه ففيه نصف الديه كما لو ذهب بصره من إحدى عينيه .

( فصل ) وفى الانف الدية اذا كان قطع مارنه بغير خلاف بينهم ، حكاه ابن عبد البر وابن المنذر عمن يحفظ عنه من أهل العلم

وفى كتاب عمرو بن حزم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « وفى الانف اذا أوعب جدعا الديه » وفى رواية مالك فى الموطأ « اذا أوعى جدعا » يعنى اذا استوعب ، واستؤصل ولانه عضو فيه جمال ومنفعة ليس فى البدن منه إلا شيء واحد فكانت فيه الدية كاللسان ؛ وإنما الدية فى مارنه ، وهو ما لان منه .

كذا قال الخليل وغيره لانه يروى عن طاوس أنه قال كان فى كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم « فى الانف اذا أوعب مارنه جدعا الدية » ولان الذى يقطع فيه ذلك ، فانصرف الخبر إليه فإن قطع بعضه ففيه بقدره من الدية يمسح ويعرف قدر ذلك منه كما قلنا فى الاذنين ، وقد روى هذا عن عمر بن عبد العزيز والشعبي والشافعي ، وان قطع أحد المنخرين ففيه ثلث الديه ، وفى المنخرين ثلثاها وفى الحاجز بينهما الثلث

قال أحمد : فى الوترة [1] الثلث وفى الحرمة فى كل واحد منهما الثلث ، وبهذا قال إسحاق وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، لان المارن يشتمل على ثلاثة أشياء من جنس فتوزعت الدية على عددها كسائر ما فيه عدد من جنس من اليدين والاصابع والاجفان الاربعه ،

وحكى أبو الخطاب : وجها آخر أن فى المنخرين الدية . وفى الحاجز بينهما حكومة لقول أحمد : فى كل زوجين من الانسان الدية ، وهذا الوجه الثانى لاصحاب الشافعي لان المنخرين ليس فى البدن لهما ثالث فأشبها اليدين . ولانه بقطع المنخرين أذهب الجمال كله والمنفعة فأشبه قطع اليدين

فعلى هذا الوجه فى قطع أحد المنخرين نصف الدية وان قطع معه الحاجز ففيه حكومة وان قطع نصف الحاجز أو أقل أو أكثر لم يزد على حكومة وعلى الاول فى قطع أحد المنخرين ونصف الحاجز نصف الدية وفى قطع جميعه مع المنخر ثلثا الدية وفى قطع جزء من الحاجز أو أحد المنخرين بقدره من ثلث الديه يقدر بالمساحه فإن شق الحاجز بين المنخرين ففيه حكومة . فان بقى منفرجا فالحكومة فيه أكثر .

(١) هى حجاب بين المنخرين

( فصل ) وان قطع المارن مع القصبة ففيه الديه فى قياس المذهب . وهذا مذهب مالك . ويحتمل أن تجب الدية فى المارن وحكومة فى القصبة، وهذا مذهب الشافعي . لان المارن وحده موجب للدية فوجبت الحكومة فى الزائد . كما لو قطع القصبه وحدها مع قطع اسانه

ولنا قوله عليه السلام « فى الانف اذا أوعب جدعا الدية » ولانه عضو واحد فلم يجب به أكثر من دية، كالذكر اذا قطع من أصله وما ذكروه يبطل بهذا ويفارق ما اذا قطع اسانه وقصبته لانهما عضوان فلا تدخل دية أحدهما فى الآخر وأما العضو الواحد فلا يبعد أن يجب فى جميعه مايجب فى بعضه ، كالذكر يجب فى حشفته الديه التى تجب فى جميعه وأصابع اليد يجب فيها ما يجب فى اليد من الكوع وكذلك أصابع الرجل وفى الثدى كله ما فى حلمته ، فأما إن قطع الانف وما تحته من اللحم ففي اللحم حكومة لانه ليس من الانف فأشبه مالو قطع الذكر واللحم الذى تحته

( فصل ) فإن ضرب أنفه فأشله ففيه حكومة ، وإن قطعه قاطع بعد ذلك ففيه ديته كما قلنا فى الاذن ، وقول الشافعي ههنا كقوله فى الاذن على ما مضى شرحه وتبيانه ، وان ضربه فعوجه أو غير لونه ففيه حكومة فى قولهم جميعا . وفى قطعه بعد ذلك دية كاملة : وان قطعه الا جلدة بقى معلقا بها فلم يلتحم واحتيج الى قطعه ففيه دية لانه قطع جميعه ، بعضه بالمباشرة وباقيه بالتسبب . فأشبه مالو سرى قطع بعضه الى قطع جميعه . وان رده فالتحم ففيه حكومه لانه لم يبن . وان أبانه فرده فالتحم فقال أبو بكر : ليس فيه الا حكومة كالتى قبلها

وقال القاضي : فيه دية . وهذا مذهب الشافعي لانه أبان أنفه فلزمته ديته كما لو لم يلتحم ، ولان ما أبين قد نجس فلزمه أن يبينه بعد التحامه ، ومن قال بقول أبي بكر منع نجاسته ووجوب إبانته ، لان أجزاء الآدمى كجملته ، بدليل سائر الحيوانات وجملته طاهرة وكذلك أجزاؤه

( فصل ) وان قطع أنفه فذهب شمه فعليه ديتان ، لان الشم فى غير الانف فلا تدخل دية أحدهما فى الآخر ، كالسمع مع الاذن ، والبصر مع أجفان العينين ، والنطق مع الشفتين ، وان قطع أنف الاخشم وجبت ديته لان ذلك عيب فى غير الانف فأشبه ما ذكرنا

« مسألة » قال ( وفى الشفتين الدية )

لا خلاف بين أهل العلم أن فى الشفتين الدية ، وفى كتاب عمرو بن حزم الذى كتبه له رسول الله صلى الله عليه وسلم « وفى الشفتين الدية » ولأنهما عضوان ليس فى البدن مثلهما فيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة فإنهما طبق على الفم تقيانه مايؤذيه ويستران الأسنان ويردان الريق وينفخ بهما ويتم بهما الكلام فإن فيهما بعض مخارج الحروف فتجب فيهما الدية كاليدين والرجلين وظاهر المذهب أن فى كل واحدة منهما نصف الدية . وروى هذا عن أبى بكر وعلى رضى الله عنهما واليه ذهب أكثر الفقهاء

وروى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أن فى العليا ثلث الدية ، وفى السفلى الثلثين ، لأن هذا يروى عن زيد بن ثابت ، وبه قال سعيد بن المسيب والزهرى ولأن المنفعة بها أعظم لأنها التى تدور وتتحرك وتحفظ الريق والطعام والعليا ساكنة لا حركة فيها . ولنا قول أبى بكر وعلى رضى الله عنهما ، ولأن كل شيئين وجبت فيهما الدية وجب فى أحدهما نصفها كسائر الأعضاء ، ولأن كل ذى عدد وجبت فيه الدية سوى بين جميعه فيها كالاصابع والاسنان ولا اعتبار بزيادة النفع بدليل ما ذكرنا من الأصل .

( فصل ) فان ضربهما فأشلهما وجبت ديتهما لأنه أتلف منفعتهما فوجبت ديتهما كما لو أشل يديه وان تقلصتا فلم تنطبقا على الأسنان أو استرختا فصارتا لا تنفصلان عن الاسنان ففيهما الدية لانه عطل منفعتهما وجمالهما وان تقلصتا بعض التقليص وجبت الحكومة ، لأن منافعهما لم تبطل بالكلية .

( فصل ) حد الشفة السفلى من أسفل ما تجافى عن الاسنان واللثة مما ارتفع عن جلدة الذقن ، وحد العليا من فوق ما تجافى عن الاسنان واللثة الى اتصاله بالمنخرين والحاجز ، وحدهما طولا طول الفم الى حاشية الشدقين وليست حاشية الشدقين منهما

« مسألة » قال ( وفى اللسان المتكلم به الدية )

أجمع أهل العلم على وجوب الدية فى لسان الناطق . وروى ذلك عن أبى بكر

وعمر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم ، وبه قال أهل المدينة وأهـــل الكوفة وأصحاب الرأى وأصحاب الحديث وغيرهم .

وفى كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم « وفى اللسان الدية » ولان فيه جمالا ومنفعة فأشبه الانف ، فأما الجمال : فقد روى أن النبي (ص) سئل عن الجمال فقال « فى اللسان » ويقال جمال الرجل فى لسانه والمرء بأصغريه قلبه ولسانه ويقال ما الانسان لولا اللسان إلا صورة ممثله أو بهيمة مهمله ، وأما النفع فان به تبلغ الاغراض وتستخلص الحقوق وتدفع الآفات وتقضى به الحاجات وتتم العبادات فى القراءة والذكر والشكر والامر بالمعروف والنهى عن المنكر والتعليم والدلالة على الحق المبين والصراط المستقيم وبه يذوق الطعام ويستعين فى مضغه وتقليبه وتنقية الفم وتنظيفه فهو أعظم الاعضاء نفعاً وأتمها جمالا فايجاب الدية فى غيره تنبيه على إيجابها فيه وإنما تجب الدية فى لسان الناطق فان كان أخرس لم تجب فيه دية كامله بغير خلاف لذهاب نفعه المقصود منه كاليد الشلاء والعين القائمة .

## ( فصـــل )

وفى الـكلام الدية فاذا جنى عليه فخرس وجبت ديته ، لان كل ما تعلقت الدية باتلافه تعلقت باتلاف منفعته كاليد ، فأما ان جنى عليه فأذهب ذوقه ، فقال أبو الخطاب . فيه الدية ، لأن الذوق حاسة فأشبه الشم ، وقيـاس المذهب أنه لا دية فيه فانه لا يختلف فى أن لسان الاخرس لا تجب فيه الدية ، وقد نص أحمد رحمه الله على أن فيه ثلث الدية ولو وجب فى الذوق دية لوجبت فى ذهابه مع ذهاب اللسان بطريق الأولى .

واختلف أصحاب الشافعى فنهم من قال قد نص الشافعى على وجوب الدية فيه ومنهم من قال لا نص له فيه ومنهم من قال قد نص على أن فى لسان الآخر حكومة وان ذهب الذوق بذهابه ؛ والصحيح إن شاء الله أنه لا دية فيه لأن فى إجماعهم على أن لسان الأخرس لا تـكمل الدية فيه إجماعا على أنها لا تـكمل فى ذهاب الذوق بمفرده لأن كل عضو لا تـكمل الدية فيه بمنفعته لا تـكمل بمنفعته دونه كسائر الاعضاء ولا تفريع على هذا القول .

فأما على الأول فاذا ذهب ذوقه كله ففيه دية كاملة ، وإن نقص نقصا غير مقدر بأن يحس المذاق كله إلا أنه لا يدركه على الكمال ففيه حكومة كما لو نقص بصره نقصا لا يتقدر وان كان نقصا يتقدر بأن لا يدرك بأحد المذاق الخمس وهى الحلاوة والمرارة والحموضة والملوحة والعذوبة ويدرك بالباقى ففيه خمس الدية وفى اثنتين خمساها ، وفى ثلاث ثلاثة أخماسها وان لم يدرك بواحدة ونقص الباقى فعليه خمس الدية وحكومة لنقص الباقى .

وان قطع لسان أخرس فذهب ذوقه ففيه الدية لاتلافه الذوق وإن جنى على لسان ناطق فأذهب كلامه وذوقه ففيه ديتان وان قطعه فذهبا معاً ففيه دية واحدة لأنهما يذهبان تبعا لذهابه فوجبت ديته دون ديتهما كما لو قتل إنسانا لم تجب إلا دية واحدة ولو ذهبت منافعه مع بقائه ففى كل منفعة ديه .

( فصــــل )

وإن ذهب بعض الكلام وجب من الدية بقدر ما ذهب يعتبر ذلك بحروف المعجم وهى ثمانية وعشرون حرفا سوى لا فإن مخرجها مخرج اللام والألف فما نقص من الحروف وجب من الدية بقدره لأن الكلام يتم بجميعها فالذاهب يجب أن يكون عوضه من الدية كقدره من الكلام ففى الحرف الواحد ربع سبع الدية وفى الحرفين نصف سبعها وفى الأربعة سبعها ولا فرق بين ما خف من الحروف على اللسان وما ثقل لأن كل ماوجب فيه المقدر لم يختلف لاختلاف قدره كالأصابع ويحتمل أن تقسم الدية على الحروف التى للسان فيها عمل دون الشفة وهى أربعة الباء والميم والفاء والواو دون حروف الحلق الستة الهمزة والهاء والحاء والخاء والعين والغين فهذه عشرة بقى ثمانية عشر حرفا للسان تنقسم ديته عليها لان الدية تجب بقطع اللسان وذهاب هذه الحروف وحدها مع بقائه فإذا وجبت الدية فيها بمفردها وجب فى بعضها بقسطه منها ففى الواحد نصف تسع الدية وفى الاثنين تسعها وفى الثلاثة سدسها ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى .

وان جنى على شفته فذهب بعض الحروف وجب فيه بقدره ، وكذلك ان ذهب بعض حروف الحلق بجنايته وينبغى أن تجب بقدره من الثمانية والعشرين وجها واحداً ، وإن ذهب حرف فعجز عن كلمة لم يجب غير أرش الحرف لأن

الضمان إنما يجب لما تلف ، وإن ذهب حرف فأبدل مكانه حرفا آخر كأنه يقول درهم فصار يقول دلهم أو دعهم أو ديهم فعليه ضمان الحرف الذاهب لأن ماتبدل لا يقوم مقام الذاهب فى القراءة ولا غيرها فإن جنى عليه فذهب البدل وجبت ديته أيضا لأنه أصل ، وان لم يذهب شيء من الكلام لكن حصلت فيه عجلة أو تمتمة أو فأفأة فعليه حكومة لما حصل من النقص والشين ولم تجب الدية لان المنفعة باقية .

وان جنى عليه جان آخر فأذهب كلامه ففيه الدية كاملة كما لو جنى على عينه جان فعمشت ثم جنى عليها آخر فذهب ببصرها ، وان أذهب الاول بعض الحروف وأذهب الثانى بقية الكلام فعلى كل واحد منهما بقسطه كما لو ذهب الأول ببصر إحدى العينين وذهب الآخر ببصر الاخرى ، وان كان ألثغ من غير جناية عليه فذهب إنسان بكلامه كله ، فإن كان مأيوسا من زوال لثغته ففيه بقسط ما ذهب من الحروف ، وان كان غير مأيوس من زوالها كالصبي ففيه الدية كاملة لان الظاهر زوالها وكذلك الكبير اذا أمكن ازالة لثغته بالتعليم .

( فصل ) اذا قطع بعض لسانه فذهب بعض كلامه فإن استويا مثل أن يقطع ربع لسانه فيذهب ربع كلامه وجب ربع الدية بقدر الذاهب منهما كما لو قلع احدى عينيه فذهب بصرها .

وان ذهب من أحدهما أكثر من الآخر كأن قطع ربع لسانه فذهب نصف كلامه أو قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه وجب بقدر الاكثر وهو نصف الدية فى الحالين لأن كل واحد من اللسان والكلام مضمون بالدية منفرداً فإذا انفرد نصفه بالذهاب وجب النصف ، ألا ترى أنه لو ذهب نصف الكلام ولم يذهب من اللسان شيء وجب نصف الدية ولو ذهب نصف اللسان ولم يذهب من الكلام شيء وجب نصف الدية ، وان قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام وجب نصف الدية فان قطع آخر بقية اللسان فذهبت بقية الكلام ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : عليه نصف الدية هذا قول القاضي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان السالم نصف اللسان وباقيه أشل بدليل ذهاب نصف الكلام .

والثاني : عليه نصف الديه وحكومه للربع الأشل لأنه لو كان جميعه أشل لكانت فيه حكومه أو ثلث الديه فاذا كان بعضه أشل ففى ذلك البعض حكومه أيضاً . الثالث : عليه ثلاثه أرباع الدية وهذا الوجه الثاني لاصحاب الشافعي لانه قطع ثلاثه أرباع لسانه فذهب ربع كلامه فوجبت عليه ثلاثه أرباع الديه كما لو قطعه أولا ولا يصح القول بأن بعضه أشل لأن العضو متى كان فيه بعض النفع لم يكن بعضة أشل كالعين اذا كان بصرها ضعيفا واليد اذا كان بطشها ناقصا ، وان قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه فعليه نصف ديته فان قطع الآخر بقيته فعليه ثلاثه أرباع الديه ، وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والاخر عليه نصف الديه لانه لم يقطع الا نصف لسانه .

ولنا . أنه ذهب ثلاثه أرباع الكلام فلزمه ثلاثه أرباع ديته كما لو ذهب ثلاثه أرباع الكلام بقطع نصف اللسان الأول ولانه لو أذهب ثلاثه أرباع الكلام مع بقاء اللسان لزمه ثلاثه أرباع الديه فلأن تجب بقطع نصف اللسان فى الاول أولى ولو لم يقطع الثاني نصف اللسان لكن جنى عليه جنايه أذهب بقية كلامه مع بقاء لسانه لكان عليه ثلاثه أرباع ديته لانه ذهب بثلاثه أرباع مافيه الديه فكان عليه ثلاثه أرباع الديه كما لو جنى على صحيح فذهب بثلاثه أرباع كلامه مع بقاء لسانه .

(فصل) واذا قطع بعض لسانه عمداً فاقتص المجنى عليه من مثل ما جنى عليه به فذهب من كلام الجاني مثل ما ذهب من كلام المجنى عليه وأكثر فقد استوفى حقه ولا شيء فى الزائد لانه من سراية القود وسراية القود غير مضمونه ، وان ذهب أقل فللمقتص دية ما بقى لانه لم يستوف بدله .

( فصل ) واذا قطع لسان صغير لم يتكلم لطفوليته وجبت ديته ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفه : لا تجب لأنه لسان لا كلام فيه فلم تجب فيه ديه كلسان الأخرس .

ولنا أن ظاهره السلامه وانما لم يتكلم لانه لا يحسن الكلام فوجبت به الديه كالكبير ويخالف الاخرس فانه علم أنه أشل ، ألا ترى أن أعضاءه لا يبطش بها وتجب فيها الدية ؟ وان بلغ حداً يتكلم مثله فلم يتكلم فقطع لسانه لم تجب فيه الدية

لان الظاهر أنه لا يقدر على الكلام ويجب فيه ما يجب فى لسان الاخرس ، وان كبر فنطق ببعض الحروف وجب فيه بقدر ما ذهب من الحروف ، لاننا تبينا أنه كان ناطقا ، وان كان قد بلغ الى حد يتحرك بالبكاء وغيره فلم يتحرك فقطعه قاطع فلا دية فيه، لان الظاهر أنه لو كان صحيحا لتحرك وان لم يبلغ الى حد يتحرك ففيه الدية لان الظاهر سلامته، وان قطع لسان كبير وادعى أنه كان أخرس ففيه مثل ما ذكرنا فيما اذا اختلفا فى شلل العضو المقطوع على ما ذكرناه فيما مضى

(فصل) وان جنى عليه فذهب كلامه أو ذوقه ثم عاد لم تجب الدية لاننا تبينا أنه لم يذهب ، ولو ذهب لم يعد وان كان قد أخذ الدية ردها ، وان قطع لسانه فعاد لم تجب الديه أيضاً وان كان قد أخذها ردها ، قاله أبو بكر وظاهر مذهب الشافعى أنه لا يرد الدية لان العادة لم تجر بعوده واختصاص هذا بعوده يدل على أنه هبة مجددة

ولنا أنه عاد ما وجبت فيه الدية فوجب رد الدية كالاسنان وسائر ما يعود ؛ وان قطع انسان نصف لسانه فذهب كلامه كله ثم قطع آخر بقيته فعاد كلامه لم يجب رد الدية لان الكلام الذى كان باللسان قد ذهب ولم يعد الى اللسان ، وانما عاد فى محل آخر بخلاف التى قبلها ، وان قطع لسانه فذهب كلامه ثم عاد اللسان دون الكلام لم يرد الدية لانه قد ذهب ما تجب الديه فيه بانفراده ، وان عاد كلامه دون لسانه لم يردها أيضاً لذلك

(فصل) واذا كان للسانه طرفان فقطع أحدهما فذهب كلامه ففيه الدية لان ذهاب الكلام بمفرده يوجب الدية ، وان ذهب بعض الكلام نظرت فإن كان الطرفان متساويين وكان ما قطعه بقدر ما ذهب من الكلام وجب وان كان أحدهما أكبر وجب الاكثر على ما مضى ، وان لم يذهب من الكلام شىء وجب بقدر ما ذهب من اللسان من الدية ، وان كان أحدهما منحرفا عن سمت اللسان فهو خلقة زائدة وفيه حكومة ، وان قطع جميع اللسان وجبت الدية من غير زيادة سواء كان الطرفان متساويين أو مختلفين ، وقال القاضى ان كانا متساويين ففيهما الدية ، وان كان أحدهما منحرفاً عن سمت اللسان وجبت الديه وحكومة فى الخلقة الزائدة

ولنا أن هذه الزيادة عيب ونقص يرد بها المبيع وينقص من ثمنه فلم يجب فيها شيء كالسلعة فى اليد وربما عاد القولان إلى شيء واحد ، لأن الحكومة لا يخرج بها شيء إذا كانت الزيادة عيباً .

« مسألة » قال ( وفى كل سن خمس من الإبل إذا قلعت ممن قد أثغر والأضراس والأنياب كالأسنان )

لا نعلم بين أهل العلم خلافا فى أن دية الأسنان خمس خمس فى كل سن ، وقد روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس ومعاويه وسعيد بن المسيب وعروة وعطاء وطاوس والزهرى وقتادة ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبى حنيفة ومحمد بن الحسن .

وفى كتاب عمرو بن حزم عن النبى صلى الله عليه وسلم « فى السن خمس من الإبل» رواه النسائى وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى (ص) قال « فى الاسنان خمس خمس » رواه أبو داود

فأما الأضراس والأنياب فأكثر أهل العلم على أنها مثل الاسنان ، منهم عروة وطاوس وقتادة والزهرى ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبو حنيفة ومحمد ابن الحسن . وروى ذلك عن ابن عباس ومعاوية . وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى فى الأضراس ببعير بعير . وعن سعيد بن المسيب أنه قال : لو كنت أنا لجعلت فى الاضراس بعيرين بعيرين فتلك الديه سواء ، وروى ذلك مالك فى موطئه وعن عطاء نحوه .

وحكى عن أحمد رواية أن فى جميع الاسنان والاضراس الدية فيتعين حمل هذه الرواية على مثل قول سعيد للاجماع على أن فى كل سن خمسا من الابل ، وورد الحديث به فيكون فى الاسنان ستون بعيرا ، لأن فيه اثنى عشر سنا أربع ثنايا وأربع رباعيات وأربعة أنياب فيها خمس خمس وفيه عشرون ضرسا فى كل جانب عشرة خمسة من فوق وخمسة من أسفل فيكون فيها أربعون بعيراً فى كل ضرس بعيران فتكمل الدية ، وحجة من قال هذا أنه ذو عدد يجب فيه الدية فلم تزد ديته على دية الانسان كالاصابع والاجفان وسائر ما فى البدن ولأنها تشتمل

على منفعة جنس فلم تزد ديتها على الدية كسائر منافع الجنس ، ولان الاضراس تختص بالمنفعة دون الجمال والاسنان فيها منفعة وجمال فاختلفا فى الارش .

ولنا ما روى أبو داود باسناده عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الاصابع سواء والاسنان سواء الثنية والضرس سواء هذه وهذه سواء» وهذا نص ، وقوله فى الاحاديث المتقدمة «فى الاسنان خمس خمس » ولم يفصل يدخل فى عمومها الاضراس لانها أسنان ، ولان كل دية وجبت فى جملة كانت مقسومة على العدد دون المنافع كالاصابع والاجفان والشفتين ، وقد أومأ ابن عباس الى هذا فقال لا أعتبرها بالاصابع ، فأما ماذكروه من المعنى فلا بد من مخالفة القياس فيه ، ذهب الى قولنا خالف المعنى الذى ذكروه ، ومن ذهب الى قولهم خالف التسوية الثابتة بقياس سائر الاعضاء من جنس واحد فكان ما ذكرناه مع موافقة الاخبار ، وقول أكثر أهل العلم أولى .

وأما على قول عمر أن فى كل ضرس بعيراً فيخالف القياسين جميعا والاخبار فانه لا يوجب الدية الكاملة وإنما يوجب ثمانين بعيرا ويخالف بين الاعضاء المتجانسه ، وإنما يجب هذا الضمان فى سن من قد ثغر وهو الذى أبدل أسنانه وبلغ حداً اذا قلعت سنه لم يعد بدلها ، يقال : ثغر وأثغر واتغر إذا كان كذلك ، فأما سن الصبي الذى لم يثغر فلا يجب بقلعها فى الحال شيء ، هذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأى ولا أعلم فيه خلافا ، وذلك لان العادة عود سنه فلم يجب فيها فى الحال شيء كنتف شعره ، لكن ينتظر عودها فإن مضت مدة ييأس من عودها وجبت ديتها ، قال أحمد : يتوقف سنة لانه الغالب فى نباتها .

وقال القاضي . اذا سقطت أخواتها ولم تعد هى أخذت الديه وإن نبت مكانها أخرى لم تجب ديتها ، كما لو نتف شعره فعاد مثله ، لكن ان عادت قصيرة أو مشوهة ففيها حكومة لان الظاهر أن ذلك بسبب الجنايه عليها ، فإن أمكن تقدير نقصها عن نظيرتها ففيها من ديتها بقدر مانقص ، وكذلك ان كانت فيها ثلمه أمكن تقديرها ففيها بقدر ما ذهب منها ، كما لو كسر من سنه ذلك القدر ، وان نبتت أكبر من أخواتها ففيها حكومة لان ذلك عيب .

وقيل فيها وجه آخر لا شيء فيها لان هذا زيادة ، والصحيح الاول لان ذلك

شين حصل بسبب الجناية فأشبه نقصها وإن نبتت مائلة عن صف الاسنان بحيث لا ينتفع بها ففيها ديتها لأن ذلك كذهابها ، وان كانت ينتفع بها ففيها حكومة للشين الحاصل بها ونقص نفعها ، وإن نبتت صفراء أو حمراء أو متغيرة ففيها حكومة لنقص جمالها ، وإن نبتت سوداء أوخضراء ففيها روايتان حكاهما القاضي إحداهما فيها ديتها .

والثانية : فيها حكومة ، كما لو سودها من غير قلعها ، وإن مات الصبي قبل اليأس من عود سنه ففيه وجهان .

أحدهما : لا شيء له ، لأن الظاهر أنه لو عاش لعادت فلم يجب فيها شيء ، كما لو نتف شعره .

والثاني فيها الدية لأنه قلع سناً وأيس من عودها فوجبت ديتها ، كما لو مضى زمن تعود في مثله فلم تعد ، وإن قلع سن من قد ثغر وجبت ديتها في الحال لأن الظاهر أنها لا تعود فإن عادت لم تجب الدية وان كان قد أخذها ردها ، وبهذا قال أصحاب الرأي .

وقال مالك : لا يرد شيئا لان العادة أنها لا تعود فتى عادت كانت هبة من الله تعالى مجددة فلا يسقط بذلك ما وجب له بقلع سنه وعن الشافعي كالمذهبين .

ولنا أنه عاد له في مكانها مثل التي قلعت فلم يجب له شيء كالذي لم يثغر ، وان عادت ناقصة أو مشوهة فحكمها حكم سن الصغير اذا عادت على ما ذكرنا ، ولو قلع سن من لم يثغر فمضت مدة ييأس من عودها وحكم بوجوب الديه فعادت بعد ذلك سقطت الدية وردت إن كانت أخذت كسن الكبير اذا عادت .

فصـــل

وتجب دية السن فيما ظهر منها من اللثة ، لأن ذلك هو المسمى سنا ، وما في اللثه منها يسمى سنخا ، فإذا كسر السن ثم جاء آخر فقلع السنخ ففي السن ديتها وفي السنخ حكومه ، كما لو قطع إنسان أصابع رجل ثم قطع آخر كفه ، وان قلعها الآخر بسنخها لم يجب فيها أكثر من ديتها ، كما لو قطع اليد من كوعها ، وان فعل ذلك في مرتين فكسر السن ثم عاد فقلع السنخ فعليه ديتها وحكومه ،

لان ديتها وجبت بالاول ثم وجب عليه بالثانى حكومة كما لو فعله غيره ، وكذلك لو قطع الاصابع ثم قطع الكف

وإن كسر بعض الظاهر ففيه من دية السن بقدره ، وان كان ذهب النصف وجب نصف الارش وإن كان الذاهب الثلث وجب الثلث ، وإن جاء آخر فكسر بقيتها فعليه بقية الارش فإن قلع الثانى بقيتها بسنخها نظرنا فإن كان الاول كسرها عرضا فليس على الثانى للسنخ شيء لانه تابع لما قلعه من ظاهر السن فصار كما لو قطع الاول من كل إصبع من أصابعه أنملة ثم قطع الثانى يده من الكوع ، وان كان الاول كسر نصف السن طولا دون سنخه فجاء الثانى فقطع الباقى بالسنخ كله فعليه دية النصف الباقى وحكومة لنصف السنخ الذى بقى لما كسره الاول كما لو قطع الاول إصبعين من يد ثم جاء الثانى فقطع الكف كله

فإن اختلف الثانى والمجنى عليه فيما قلعه الاول فالقول قول المجنى عليه لان الاصل سلامة السن ، وان انكشفت اللثة عن بعض السن فالدية فى قدر الظاهر عادة دون ما انكشف على خلاف العادة، وان اختلفا فى قدر الظاهر اعتبر ذلك بأخواتها فإن لم يكن لها شيء يعتبر به ولم يمكن أن يعرف ذلك أهل الخبرة فالقول قول الجانى لان الاصل براءة ذمته .

( فصل : وان قلع سنا مضطربة لكبر أو مرض وكانت منافعها باقية من المضغ وضغط الطعام والريق وجبت ديتها وكذلك ان ذهب بعض منافعها وبقى بعضها لان جمالها وبعض منافعها باق فكمل ديتها كاليد المريضة ويد الكبير ، وان ذهبت منافعها كلها فهى كاليد الشلاء على ما سنذكره ان شاء الله تعالى ، وان قلع سنا فيها داء أو آكلة فإن لم يذهب شيء من أجزائها وجب فيها دية السن الصحيحة لانها كاليد المريضة وان سقط من أجزائها شيء سقط من ديتها بقدر الذاهب منها ووجب الباقى ، وان كان إحدى ثنيتيه قصيرة نقص من ديتها بقدر نقصها كما لو نقصت بكسرها

( فصل ) فإن جنى على سنه جان فاضطربت وطالت عن الاسنان وقيل انها تعود الى مدة ما كانت عليه انتظرت اليها فإن ذهبت وسقطت وجبت ديتها

وإن عادت كما كانت فلا شيء فيها كما لو جنى على يده فمرضت ثم برأت ، وان بقي فيها اضطراب ففيها حكومة وان قلعها قالع فعليه ديتها كاملة كما ذكرنا في الفصل الذي قبله وعلى الأول حكومة لجنايته وان مضت المدة ولم تعد الى ما كانت عليه ففيها حكومة وإن قلعها قالع فعليه ديتها كما ذكرنا ، وان قالوا يرجى عودها من غير تقدير مدة وجبت الحكومة فيها لئلا يفضي الى إهدار الجناية فإن عادت سقطت الحكومة لما ذكرنا في غيرها .

( فصـــل )

فإن قلع قالع سنه فردها صاحبها فنبتت في موضعها لم تجب ديتها نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد وهذا قول أبي بكر وعلى قول القاضي تجب ديتها ، وهو مذهب الشافعي ، وقد ذكرنا توجيههما فيما إذا قطع أنفه فرده فالتحم ، فعلى قول أبي بكر يجب فيها حكومة لنقصها ان نقصت أو ضعفها ان ضعفت ، وان قلعها قالع بعد ذلك وجبت ديتها لأنها سن ذات جمال ومنفعة فوجبت ديتها كما لو لم تنقلع ، وعلى قول القاضي ينبني حكمها على وجوب قلعها .

فإن قلنا يجب قلعها فلا شيء على قالعها لأنه قد أحسن بقلعه ما يجب قلعه ؛ وان قلنا لا يجب قلعها احتمل أن يؤخذ بديتها لما ذكرنا واحتمل أن لا يؤخذ بديتها لأنه قد وجبت له ديتها مرة فلا تجب ثانية ولكن فيها حكومة ، فأما إن جعل مكانها سنا أخرى أو سن حيوان أو عظما فنبتت وجب ديتها وجها واحداً لأن سنه ذهبت بالكلية فوجبت ديتها كما لو لم يجعل مكانها شيئا وان قلعت هذه الثانية لم تجب ديتها لأنها ليست سنا له ولا هي من بدنه ولكن يجب فيها حكومة لأنها جناية أزالت جماله ومنفعته فأشبه ما لو خاط جرحه بخيط فالتحم فقلع أسنان الخيط فانفتح الجرح وزال التحامه ، ويحتمل أن لا يجب شيء لأنه أزال ما ليس من بدنه أشبه ما لو قلع الأنف الذهب الذي جعله المجدوع مكان أنفه .

( فصل ) وان جنى على سنه فسودها فحكى عن أحمد رحمه الله في ذلك روايتان إحداهما : تجب ديتها كاملة وهو ظاهر كلام الخرقي ويروى هذا عن زيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وشريح والزهري وعبد الملك

ابن مروان والنخعي ومالك والليث وعبد العزيز بن أبي سلمة والثوري وأصحاب الرأي وهو أحد قولي الشافعي .

والرواية الثانية : عن أحمد أنه إن أذهب منفعتها من المضغ عليها ونحوه ففيها ديتها وان لم يذهب نفعها ففيها حكومة ، وهذا قول القاضي . والقول الثاني للشافعي وهو المختار عند أصحابه لأنه لم يذهب بمنفعتها فلم تكمل ديتها كالو اصفرت

ولنا أنه قول زيد بن ثابت ولم يعرف له مخالف في الصحابة فكان إجماعا ، ولأنه أذهب الجمال على الكمال فكملت ديتها كما لو قطع أذن الاصم وأنف الأخشم فأما ان اصفرت أو احمرت لم تكمل ديتها لأنه لم يذهب الجمال على الكمال وفيها حكومة وان اخضرت احتمل أن يكون كتسويدها لأنه يذهب بجمالها ، واحتمل أن لا يجب فيها إلا حكومة ، لأن ذهاب جمالها بتسويدها أكثر فلم يلحق به غيره كالو حمرها فعلى قول من أوجب ديتها متى قلعت بعد تسويدها ففيها ثلث ديتها أو حكومة على ما سنذكره فيما بعد وعلى قول من لم يوجب فيها إلا حكومه يجب في قلعها ديتها كما لو صفرها .

( فصـــل ) وان جنى على سنه فذهبت حدتها وكلت ففي ذلك حكومه وعلى قالعها بعد ذلك دية كامله لأنها سن صحيحه كامله فكملت ديتها كالمضطربه ، وان ذهب منها جزء ففي الذاهب بقدره وان قلعها قالع نقص من ديتها بقدر ما ذهب كما لو كسر منها جزء .

( فصل ) وفي اللحيين الديه وهما العظمان اللذان فيهما الأسنان السفلى لأن فيهما نفعا وجمالا وليس في البدن مثلهما فكانت فيهما الديه كسائر مافي البدن منه شيئان وفي أحدهما نصفها كالواحد مما في البدن منه شيئان وان قلعهما بما عليهما من الاسنان وجبت عليه ديتهما ودية الأسنان ولم تدخل دية الاسنان في ديتهما كما تدخل دية الاصابع في دية الوجه لوجوه ثلاثه .

أحدها : أن الاسنان مغروزة في اللحيين غير متصله بهما بخلاف الاصابع .

والثاني : أن كل واحد من اللحيين والاسنان ينفرد باسمه ولا يدخل أحدهما في اسم الآخر بخلاف الاصابع والكف فإن اسم اليد يشملهما .

والثالث : أن اللحيين توجدان قبل وجود الأسنان فى الخلقه وتبقيان بعد ذهابها فى حق الكبير ومن تقلعت أسنانه عادة بخلاف الأصابع والكف .

« مسألة » قال ( وفى اليدين الدية )

أجمع أهل العلم على وجوب الدية فى اليدين ووجوب نصفها فى إحداهما ؛ وروى عن معاذ بن جبل رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « وفى اليدين الدية وفى الرجلين الدية » .

وفى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم « وفى اليد خمسون من الإبل » ولان فيها جمالا ظاهراً ومنفعة كاملة وليس فى البدن من جنسهما غيرهما فكان فيهما الديه كالعينين واليد التى تجب فيها الدية من الكوع لان اسم اليد عند الاطلاق ينصرف اليها بدليل أن الله تعالى لما قال ( والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ) كان الواجب قطعهما من الكوع ، وكذلك التيمم يجب فيه مسح اليدين الى الكوعين فإن قطع يده من فوق الكوع مثل أن يقطعها من المرفق أو نصف الساعد فليس عليه إلا دية اليد نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب ، وهذا قول عطاء وقتادة والنخعى وابن أبى ليلى ومالك ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ؛ وظاهر مذهبه عند أصحابه أنه يجب مع دية اليد حكومه لما زاد لان اسم اليد لها الى الكوع : ولأن المنفعه المقصودة فى اليد من البطش والأخذ والدفع بالكف وما زاد تابع للكف والديه تجب فى قطعها من الكوع بغير خلاف فتجب فى الزائد حكومه كما لو قطعه بعد قطع الكف .

قال أبو الخطاب ، وهذا قول القاضى . ولنا أن اليد اسم للجميع الى المنكب بدليل قوله تعالى ( وأيديكم الى المرافق ) ولما نزلت آية التيمم مسحت الصحابه الى المناكب ، وقال ثعلب اليد إلى المنكب وفى عرف الناس أن جميع ذلك يسمى يداً فإذا قطعها من فوق الكوع فما قطع إلا يداً فلا يلزمه أكثر من ديتها .

فأما قطعها فى السرقة فلأن المقصود يحصل به وقطع بعض الشىء يسمى قطعاً له كما يقال قطع ثوبه إذا قطع جانباً منه وقولهم ان الدية تجب فى قطعها من الكوع

قلنا وكذلك تجب بقطع الأصابع منفردة ولا يجب بقطعها من الكوع أكثر مما يجب فى قطع الأصابع والذكر يجب فى قطعه من أصله مثل ما يجب بقطع حشفته ، فأما إذا قطع اليد من الكوع ثم قطعها من المرفق وجب فى المقطوع ثانيا حكومه لأنه وجبت عليه دية اليد بالقطع الأول فوجبت بالثانى حكومة كما لو قطع الأصابع ثم قطع الكف أو قطع حشفة الذكر ثم قطع بقيته أو كما لو فعل ذلك اثنان .

( فصل ) فإن جنى عليها فأشلها وجبت عليه ديتها لأنه فوت منفعتها فلزمته ديتها كما لو أعمى عينه مع بقائها أو أخرس لسانه ، وإن جنى على يده فعوجها أو نقص قوتها أو شانها فعليه حكومه لنقصها ، وان كسرها ثم انجبرت مستقيمه وجبت حكومه لشينها ان شانها ذلك وان عادت معوجه فالحكومه أكثر لان شينها أكثر ، وان قال الجانى أنا أكسرها ثم أجبرها مستقيمه لم يمكن من ذلك لانها جنايه ثانيه ، فإن كسرها تعديا ثم جبرها فاستقامت لم يسقط ما وجب من الحكومه فى اعوجاجها لان ذلك استقر حين انجبرت عوجاء وهذه جنايه ثانيه والجبر الثانى لها دون الأولى ولا يشبه هذا ما إذا ذهب ضوء عينه ثم عاد لأننا تبينا أن الضوء لم يذهب وانما حال دونه حائل وههنا بخلافه وتجب الحكومه فى الكسر الثانى لانها جنايه ثانيه ؛ ويحتمل أن لا تجب لانه أزال ضرر العوج منها فكان نفعا فأشبه ما لو جنى عليه بقطع سلعه أزالها عنه .

( فصل ) فإن كان له كفان فى ذراع أو يدان على عضد واحداهما باطشه دون الاخرى أو إحداهما أكثر بطشا أو فى سمت الذراع والاخرى منحرفه عنه أو احداهما تامه والأخرى ناقصه فالأولى هى الأصليه والأخرى زائدة ففى الأصليه ديتها والقصاص بقطعها عمداً والاخرى زائدة فيها حكومه سواء قطعها مفردة أو قطعها مع الاصليه .

وعلى قول ابن حامد لا شيء فيها لانها عيب فهى كالسلعه فى اليد وان استويا من كل الوجوه فإن كانتا غير باطشتين ففيهما ثلث ديه اليد أو حكومه ولا تجب ديه اليد كاملة لانهما لا نفع له فيهما فهما كاليد الشلاء. وان كانتا باطشتين ففيهما جميعا دية اليد وهل تجب حكومه مع ذلك ؟ على وجهين بناء على الزائدة هل فيها

حكومة أم لا ؟ وان قطع احداهما فلا قود لاحتمال أن تكون هى الزائدة فلا تقطع الاصليه بها وفيها نصف ما فيهما اذا قطعتا لتساويهما وان قطع أصبعا من أحديهما وجب أرش نصف أصبع وفى الحكومة وجهان وان قطع ذو اليد التى لها طرفان يداً مفردة وجب القصاص فيهما على قول ابن حامد ، لان هذا نقص لايمنع القصاص كالسلعة فى اليد وعلى قول غيره لايجب لئلا يأخذ يدين بيد واحدة ولا تقطع إحداهما لانا لا نعرف الاصلية فنأخذها ولا نأخذ زائدة بأصلية

فأما إن كان له قدمان فى رجل واحدة فالحكم على ما ذكرناه فى اليدين فإن كانت إحدى القدمين أطول من الأخرى وكان الطويل مساويا للرجل الأخرى فهو الأصلى وان كان زائداً عنها والآخر مساو للرجل الاخرى فهو الاصلى وان كان له فى كل رجل قدمان يمكنه المشى على الطويلتين مشيا مستقيما فهما الاصليان وان لم يمكنه فقطعا وأمكنه المشى على القصيرين فهما الاصليان والآخران زائدان وان أشل الطويلتين ففيهما الدية لان الظاهر أنهما الاصليان فإن قطعهما قاطع فأمكنه المشى على القصيرتين تبين أنهما الاصليان وان لم يمكنه فالطويلان هما الاصليان

« مسأله » قال ( وفى الثديين الدية سواء كان من رجل أو امرأة )

أما ثديا المرأة ففيهما ديتهما ، لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافا وفى الواحد منهما نصف الدية ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن فى ثدى المرأة نصف الدية وفى الثديين الدية وممن حفظنا ذلك عنه الحسن والشعبي والزهرى ومكحول وقتادة ومالك والثورى والشافعي وأصحاب الرأى ولان فيهما جمالا ومنفعة فأشبها اليدين والرجلين وفى أحدهما نصف الدية لان كل عضوين وجبت الدية فيهما وجب فى أحدهما نصفها كاليدين وفى قطع حلتى الثديين ديتهما نص عليه أحمد رحمه الله ، وروى نحو هذا الشعبي والنخعى والشافعى وقال مالك والثورى ان ذهب اللبن وجبت ديتهما والا وجبت حكومة بقدر شينه ونحوه قال قتادة اذا ذهب الرضاع بقطعهما ففيهما الدية .

ولنا : أنه ذهب منهما ما تذهب المنفعة بذهابه فوجبت ديتهما كالاصابع مع الكف وحشفة الذكر وبيان ذهاب المنفعة أن بهما يشرب الصبي ويرتضع فهما

كالاصابع فى الكف ، وان قطع الثديين كلهما فليس فيهما الا ديه كما لو قطع الذكر كله ، وان حصل مع قطعهما جائفه وجب فيهما ثلث الديه مع ديتهما ، وان حصل جائفتان وجبت ديه وثلثان وان ضربهما فأشلهما ففيهما الديه ؛ كما لو أشل يديه ، وان جنى عليهما فأذهب لبنهما من غير أن يشلهما فقال أصحابنا فيهما حكومه وهذا قول أصحاب الشافعى ، ويحتمل أن تجب ديتهما لأنه ذهب بنفعهما فأشبه ما لو أشلهما ، وهذا ظاهر قول مالك والثورى وقتادة

وإن جنى عليهما من صغيرة ثم ولدت فلم ينزل لها لبن سئل أهل الخبرة . فإن قالوا ان الجنايه سبب قطع اللبن فعليه ما على من ذهب باللبن بعد وجوده .

وإن قالوا ينقطع بغير الجنايه لم يجب عليه أرشه لأن الاصل براءة ذمته فلا يجب فيها شيء بالشك ، وان جنى عليهما فنقص لبنها أو جنى على ثديين ناهدين فكسرهما أو صار بهما مرض ففيه حكومه لنقصه الذى نقصهما .

( فصل ) فأما ثديا الرجل وهما الثندوتان ففيهما الديه ، وبهذا قال اسحاق ، وحكى ذلك قولا للشافعى .

وقال النخعى ومالك وأصحاب الرأى وابن المنذر : فيهما حكومه ، وهو ظاهر مذهب الشافعى لانه ذهب بالجمال من غير منفعه فلم تجب الديه ، كما لو أتلف العين القائمه واليد الشلاء ، وقال الزهرى : فى حلمة الرجل خمس من الإبل . وعن زيد بن ثابت فيه ثمن الديه .

ولنا أن ما وجب فيه الدية من المرأة وجب فيه من الرجل كاليدين وسائر الاعضاء ، ولأنهما عضوان فى البدن يحصل بهما الجمال ليس فى البدن غيرهما من جنسهما فوجبت فيهما الدية كاليدين ، ولأنه أذهب الجمال فوجبت الديه كالشعور الاربعه عند أبى حنيفه ، وكأذنى الأصم وأنف الاخشم عند الجميع ، ويفارق العين القائمه لانه ليس فيها جمال كامل ، ولأنها عضو قد ذهب منه ما تجب فيه الديه فلم تكمل ديته كاليدين اذا شلتا بخلاف مسألتنا .

« مسأله » قال ( وفى الاليتين الديه )

قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من أهل العلم يقولون فى الاليتين الديه ،

وفى كل واحدة منهما نصفها ، منهم عمرو بن شعيب والنخعى والشافعى وأصحاب الرأى ، ولأنهما عضوان من جنس فيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة فإنه يجلس عليهما كالوسادتين فوجب فيهما الدية وفى إحداهما نصفها كاليدين والإليتان هما ما علا وأشرف من الظهر عن استواء الفخذين وفيهما الدية إذا أخذتا إلى العظم الذى تحتهما ، وفى ذهاب بعضهما بقدره لأن ما وجبت الدية فيه وجب فى بعضه بقدره فإن جهل المقدار وجبت حكومة لأنه نقص لم يعرف قدره .

( فصـــل )

وفى الصلب الدية إذا كسر فلم ينجبر لما روى فى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم « وفى الصلب الديه »

وعن سعيد بن المسيب أنه قال : مضت السنة أن فى الصلب الديه ، وهـذا ينصرف إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وممن قال بذلك زيد بن ثابت وعطاء والحسن والزهرى ومالك . وقال القاضى وأصحاب الشافعى: ليس فى كسر الصلب دية إلا أن يذهب مشيه أو جماعه فتجب الدية لتلك المنفعه لأنه عضو لم تذهب منفعته فلم تجب فيه دية كاملة كسائر الأعضاء .

ولنا الخبر ولانه عضـو ليس فى البدن مثله فيه جمال ومنفعة فوجبت الدية فيه بمفرده كالأنف ، وإن ذهب مشيه بكسر صلبه ففيه الدية فى قول الجميع ، ولا يجب أكثر من دية لأنها منفعة تلزم كسر الصلب غالبا فأشبه ما لو قطع رجليه ، وإن لم يذهب مشيه لكن ذهب جماعه ففيه الديه أيضا . روى ذلك عن على رضى الله عنه لأنه نفع مقصود فأشبه ذهاب مشيه . وان ذهب جماعه ومشيه وجبت ديتان فى ظاهر كلام أحمد رحمه الله فى رواية ابنه عبد الله لأنهما منفعتان تجب الديه بذهاب كل واحدة منهمامنفردة ، فإذا اجتمعتا وجبت ديتان كالسمع والبصر وعن أحمد فيهما دية واحدة لأنهما نفع عضو واحد فلم يجب فيها أكثر من دية واحدة ، كما لو قطع لسانه فذهب كلامه وذوقه ، وان جبر صلبه فعادت احدى المنفعتين دون الاخرى لم يجب الا دية ، الا أن تنقص الاخرى فتجب حكومه لنقصها أو تنقص من جهة أخرى فيكون فيه حكومة لذلك . وإن ادعى ذهاب

جماعه وقال رجلان من أهل الخبرة : إن مثل هذه الجناية يذهب بالجماع فالقول قول المجنى عليه مع يمينه لانه لا يتوصل الى معرفة ذلك الا من جهته ، وان كسر صلبه فشل ذكره اقتضى كلام أحمد وجوب ديتين لكسر الصلب واحدة وللذكر أخرى ، وفى قول القاضى ومذهب الشافعى: يجب فى الذكر دية وحكومة لكسر الصلب ، وإن أشل رجليه ففيهما دية أيضا ، وإن أذهب ماءه دون جماعه احتمل وجوب الدية . وهذا يروى عن مجاهد .

قال بعض أصحاب الشافعى : هو الذى يقتضيه مذهب الشافعى لانه ذهب بمنفعة مقصـــودة فوجبت الديه ،كما لو ذهب بجماعه أو كما لو قطع أنثييه أو رضهما ، ويحتمل أن لا تجب الديه كاملة لانه لم يذهب بالمنفعة كلها .

« مسأله » قال ( وفى الذكر الديه )

أجمع أهل العلم على أن فى الذكر الديه ، وفى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم « وفى الذكر الديه » ولانه عضو واحد فيه الجمال والمنفعة فكملت فيه الديه كالانف واللسان وفى شلله ديته لانه ذهب بنفعه أشبه ما لو أشل لسانه ، وتجب الديه فى ذكر الصغير والكبير والشيخ والشاب ، سواء قدر على الجماع أو لم يقدر . فأما ذكر العنين فأكثر أهل العلم على وجوب الديه لعموم الحديث ، ولانه غير مأيوس من جماعه وهو عضو سليم فى نفسه فكملت ديته كذكر الشيخ ، وذكر القاضى فيه عن أحمد روايتين .

إحداهما تجب فيه الدية لذلك ، والثانيه لا تكمل ديته ، وهو مذهب قتادة لان منفعته الانزال والاحبال والجماع وقد عدم ذلك منه فى حال الكمال فلم تكمل ديته كالاشل ، وبهذا فارق ذكر الصبى والشيخ

واختلفت الرواية فى ذكر الخصى ، فعنه فيه دية كامله ، وهو قول سعيد بن عبد العزيز والشافعى وابن المنذر للخبر ، ولان منفعة الذكر الجماع وهو باق فيه ، والثانيه لا تجب فيه ، وهو قول مالك والثورى وأصحاب الرأى وقتادة وإسحاق لما ذكرنا فى ذكر العنين ولأن المقصود منه تحصيل النسل ولا يوجد ذلك منه

فلم يكمل ديته كالأشل ، والجماع يذهب فى الغالب ، بدليل أن البهائم يذهب جماعها بخصائها ، والفرق بين ذكر العنين وذكر الخصى أن الجماع فى ذكر العنين أبعد منه فى ذكر الخصى واليأس من الانزال متحقق فى ذكر الخصى دون ذكر العنين ، فعلى قولنا لا تكمل الديه فى ذكر الخصى إن قطع الذكر والانثيين دفعة واحدة أو قطع الذكر ثم قطع الأنثيين لزمته ديتان ، فان قطع الانثيين ثم قطع الذكر لم يلزمه إلا ديه واحدة فى الانثيين ، وفى الذكر حكومة لأنه ذكر خصى .

قال القاضى ونص أحمد على هذا ، وان قطع نصف الذكر بالطول ففيه نصف الديه ، ذكره أصحابنا والاولى أن تجب الديه كاملة لانه ذهب بمنفعة الجماع به فكملت ديته كما لو أشله أو كسر صلبه فذهب جماعه ، وان قطع قطعة منه مما دون الحشفة وكان البول يخرج على ما كان عليه وجب بقدر القطعة من جميع الذكر من الديه ، وان خرج البول من موضع القطع وجب الاكثر من حصة القطعة من الدية أو الحكومة ، وان ثقب ذكره فيما دون الحشفة فصار البول يخرج من الثقب ففيه حكومة لذلك .

« مسألة » قال ( وفى الانثيين الديه )

لا نعلم فى هذا خلافا وفى كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم « وفى البيضتين الديه » ولان فيهما الجمال والمنفعه ، فان النسل يكون بهما فكانت فيهما الديه كاليدين ، وروى الزهرى عن سعيد بن المسيب أنه قال . مضت السنة أن فى الصلب الدية وفى الانثيين الديه وفى إحداهما نصف الديه فى قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن سعيد بن المسيب أن فى اليسرى ثلثى الديه وفى اليمنى ثلثها لان نفع اليسرى أكثر لان النسل يكون بها .

ولنا أن ما وجبت الديه فى شيئين منه وجب فى أحدهما نصفها كاليدين وسائر الاعضاء ولانهما ذو عدد تجب فيه الديه فاستوت ديتهما كالاصابع ، وما ذكروه ينتقض بالاصابع ؛ والاجفان تستوى دياتها مع اختلاف نفعها ثم يحتاج الى إثبات ذلك الذى ذكره ، وان رض أنثييه أو أشلهما كملت ديتهما كما لو أشل يديه أو ذكره فان قطع أنثييه فذهب نسله لم يجب أكثر من ديه لان ذلك

نفعها فلم تزدد الدية بذهابه معها كالبصر مع ذهاب العينين ، والبطش مع ذهاب الرجلين ، وان قطع إحداهما فذهب النسل لم يجب أكثر من نصف الدية لان ذهابه غير متحقق

« مسأله » قال ( وفى الرجلين الدية )

أجمع أهل العلم على أن فى الرجلين الدية وفى إحداهما نصفها ، روى ذلك عن عمر وعلى ، وبه قال قتادة ومالك وأهل المدينة والثورى وأهل العراق والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وقد ذكرنا الحديث والمعنى فيما تقدم وفى تفصيلها مثل ما ذكرنا من التفصيل فى اليدين سواء ، ومفصل الكعبين ههنا مثل مفصل الكوعين فى اليدين

( فصل ) وفى قدم الأعرج ويد الأعسم الدية لان العرج لمعنى فى غير القدم والعسم الاعوجاج فى الرسغ ، وليس ذلك عيبا فى قدم ولا كف فلم يمنع ذلك كمال الدية فيهما ، وذكر أبو بكر أن فى كل واحدة منهما ثلث الدية كاليد الشلاء ولا يصح لان هذين لم تبطل منفعتهما فلم تنقص ديتهما بخلاف اليد الشلاء

« مسألة » قال ( وفى كل أصبع من اليدين والرجلين عشر من الابل ، وفى كل أنمله منها ثلث عقلها إلا الابهام فإنها مفصلان ففى كل مفصل منها خمس من الإبل )

هذا قول عامة أهل العلم منهم عمر وعلى وابن عباس وبه قال مسروق وعروة ومكحول والشعبي وعبد الله بن معقل والثورى والاوزاعى ومالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى وأصحاب الحديث ولا نعلم فيه مخالفا إلا رواية عن عمر أنه قضى فى الابهام بثلث غرة وفى التى تليها باثنتى عشرة وفى الوسطى بعشر وفى التى تليها بتسع وفى الخنصر بست .

وروى عنه أنه لما أخبر بكتاب كتبه النبي صلى الله عليه وسلم لآل حزم « وفى كل أصبع مما هنالك عشر من الابل » أخذ به وترك قوله الأول

وعن مجاهد فى الابهام خمس عشرة وفى التى تليها ثلاث عشرة وفى التى تليها عشر وفى التى تليها ثمان وفى التى تليها سبع

ولنا : ما روى ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « دية أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل لكل أصبع » أخرجه الترمذي وقال حديث صحيح ، رواه أبو داود عن أبي موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم

وعن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « هذه وهذه سواء » يعني الابهام والخنصر ، أخرجه البخاري وأبو داود ، وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم « وفي كل إصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل » ولأنه جنس ذو عدد تجب فيه الدية فكان سواء في الدية ، كالأسنان والاجفان وسائر الاعضاء ، ودية كل أصبع مقسومة على أناملها ، وفي كل أصبع ثلاث أنامل إلا الابهام فإنها أنملتان ، ففي كل أنملة من غير الابهام ثلث عقل الابهام ثلاثة أبعرة وثلث ، وفي كل أنملة من الابهام خمس من الابل نصف ديتها

وحكي عن مالك أنه قال : الابهام أيضا ثلاث أنامل . إحداها : باطنة ، وليس هذا بصحيح، فإن الاعتبار بالظاهر فإن قوله عليه السلام « في كل أصبع عشر من الابل » يقتضي وجوب العشر في الظاهر لانها هي الاصبع التي يقع عليها الاسم دون ما بطن منها ، كما أن السن التي يتعلق بها وجوب ديتها هي الظاهرة من لحم اللثة دون سنخها ، والحكم في أصابع اليدين والرجلين سواء لعموم الخبر فيهما وحصول الاتفاق عليهما .

(فصل) وفي الاصبع الزائدة حكومة وبذلك قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وعن زيد بن ثابت أن فيها ثلث دية الاصبع وذكر القاضي أنه قياس المذهب على رواية إيجاب الثلث في اليد الشلاء ، والاول أصح لان التقدير لا يصار إليه إلا بالتوقيف أو بمماثلته لما فيه توقيف ، وليس ذلك ههنا لان اليد الشلاء يحصل بها الجمال والاصبع الزائدة لا جمال فيها في الغالب ، ولان جمال اليد الشلاء لا يكاد يختلف والاصبع الزائدة تختلف باختلاف محالها وصفتها وحسنها وقبحها فكيف يصح قياسها على اليد ؟

« مسألة » قال ( وفي البطن إذا ضرب فلم يستمسك الغائط الدية وفي المثانة إذا لم يستمسك البول الدية )

وبهذا قال ابن جريج وأبو ثور وأبو حنيفة ولم أعلم فيه مخالفا إلا أن ابن أبي موسى ذكر فى المثانة رواية أخرى فيها ثلث الدية والصحيح الأول لأن كل واحد من هذين المحلين عضو فيه منفعة كبيرة ليس في البدن مثله فوجب فى تفويت منفعته دية كاملة كسائر الاعضاء المذكورة فإن نفع المثانة حبس البول وحبس البطن الغائط منفعة مثلها والنفع بهما كثير والضرر بفواتهما عظيم فكان فى كل واحدة منهما الدية كالسمع والبصر وإن فاتت المنفعتان بجناية واحدة وجب على الجاني ديتان كما لو ذهب سمعه وبصره بجناية واحدة .

« مسألة » قال ﴿ وفى ذهاب العقل الدية ﴾

لا نعلم فى هذا خلافا ، وقد روى عن عمر وزيد رضي الله عنهما وإليه ذهب من بلغنا قوله من الفقهاء ، وفى كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم « وفى العقل الدية » ولأنه أكبر المعاني قدراً وأعظم الحواس نفعاً فإن به يتميز من البهيمة ويعرف به حقائق المعلومات ويهتدى الى مصالحه ويتقي ما يضره ويدخل به فى التكليف وهو شرط فى ثبوت الولايات وصحة التصرفات وأداء العبادات فكان بإيجاب الدية أحق من بقية الحواس فان نقص عقله نقصا معلوما مثل أن صار يجن يوما ويفيق يوما فعليه من الدية بقدر ذلك لأن ما وجب فيه الدية وجب بعضها فى بعضه بقدره كالاصابع وان لم يعلم مثل أن صار مدهوشا أو يفزع مما لا يفزع منه ويستوحش إذا خلا فهذا لا يمكن تقديره فتجب فيه حكومة

( فصل ) فان أذهب عقله بجناية لا توجب أرشا كاللطمة والتخويف ونحو ذلك ففيه الديه لا غير ، وان أذهبه بجناية توجب أرشا كالجراح أو قطع عضو وجبت الدية وأرش الجرح ، وبهذا قال مالك والشافعي فى الجديد .

وقال أبو حنيفة والشافعي فى القديم يدخل الأقل منهما فى الأكثر فان كانت الدية أكثر من أرش الجرح وجبت وحدها وان كان أرش الجرح أكثر كأن قطع يديه ورجليه فذهب عقله وجبت دية الجرح ودخلت دية العقل فيه لأن ذهاب العقل تختل معه منافع الأعضاء فدخل أرشها فيه كالموت .

ولنا أن هذه جناية أذهبت منفعة من غير محلها مع بقاء النفس فلم يتداخل

الأرشان كما لو أوضحه فذهب بصره أو سمعه ولأنه لو جنى على أذنه أو أنفه فذهب سمعه أو شمه لم يدخل أرشهما فى دية الأنف والأذن مع قربهما منهما فههنا أولى وما ذكروه لا يصح لأنه لو دخل أرش الجرح فى دية العقل لم يجب أرشه إذا زاد على دية العقل كما أن دية الأعضاء كلها مع القتل لا يجب بها أكثر من دية النفس ولا يصح قولهم : إن منافع الأعضاء تبطل بذهاب العقل فإن المجنون تضمن منافعه وأعضاؤه بعد ذهاب عقله بما تضمن به منافع الصحيح وأعضاؤه ، ولو ذهبت منافعه وأعضاؤه لم تضمن كما لاتضمن منافع الميت وأعضاؤه وإذا جاز أن تضمن بالجناية عليها بعد الجناية عليه جاز ضمانها مع الجناية عليه كما لو جنى عليه فأذهب سمعه وبصره بجراحة فى غير محلها .

( فصل ) فإن جنى عليه فأذهب عقله وسمعه وبصره وكلامه وجب أربع ديات مع أرش الجرح ، قال أبو قلابة رمى رجل رجلا بحجر فذهب عقله وبصره وسمعه ولسانه فقضى فيه عمر بأربع ديات وهو حى ، ولأنه أذهب منافع فى كل واحدة منها دية فوجب عليه دياتها كما لو أذهبها بجنايات فإن مات من الجناية لم يجب إلا دية واحدة لأن ديات المنافع كلها تدخل فى دية النفس كديات الأعضاء .

« مسألة » قال ( وفى الصعر الدية والصعر أن يضربه فيصير وجهه فى جانب )

أصل الصعر داء يأخذ البعير فى عنقه فيلتوى عنقه وقول الله تعالى ( ولا تصعر خدك للناس ) أى لا تعرض عنهم بوجهك تكبراً كإمالة وجه البعير الذى به الصعر فمن جنى على إنسان جناية فعوج عنقه حتى صار وجهه فى جانب فعليه دية كاملة . روى ذلك عن زيد بن ثابت ، وقال الشافعى : ليس فيه إلا حكومة لأنه إذهاب جمال من غير منفعة .

ولنا ماروى مكحول عن زيد بن ثابت أنه قال : وفى الصعر الدية ولم يعرف له فى الصحابة مخالف فكان إجماعا ، ولأنه أذهب الجمال والمنفعة فوجبت فيه دية كاملة كسائر المنافع ، وقولهم لم يذهب بمنفعته غير صحيح فانه لايقدر على النظر أمامه واتقاء ما يحذره إذا مشى وإذا نابه أمر أو دهمه عدو لم يمكنه العلم به ولا اتقاؤه ولا يمكنه لى عنقه ليعرف ما يريده نظره ويتعرف ما ينفعه ويضره .

(فصل) فان جنى عليه فصار الالتفات عليه شاقا أو ابتلاع الماء أو غيره ففيه حكومه لانه لم يذهب بالمنفعه كلها ولا يمكن تقديرها وإن صار بحيث لا يمكنه ازدراد ريقه فهذا لا يكاد يبقى فان بقى مع ذلك ففيه الديه لأنه تفويت منفعه ليس لها مثل فى البدن .

« مسألة » قال ( وفى اليد الشلاء ثلث ديتها وكذلك العين القائمه والسن السوداء )

اليد الشلاء التى ذهب منها منفعه البطش والعين القائمه التى ذهب بصرها وصورتها باقيه كصورة الصحيحه ، واختلفت الروايه عن أحمد فيهما وفى السن السوداء فعنه فى كل واحدة ثلث ديتها ، وروى هذا عن ابن الخطاب ومجاهد ؛ وبه قال إسحاق ، وعن زيد بن ثابت فى العين القائمه مائه دينار .

والروايه الثالثه عن أحمد فى كل واحدة حكومه ، وهذا قول مسروق والزهرى ومالك والشافعى وأبى ثور والنعمان وابن المنذر لانه لا يمكن إيجاب ديه كاملة لكونها قد ذهبت منفعتها ولا مقدر فيها فتجب الحكومه فيها كاليد الزائدة .

ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العين القائمه السادة لمكانها بثلث الديه ، وفى اليد الشلاء إذا قطعت ثلث ديتها ، وفى السن السوداء إذا قلعت ثلث ديتها » رواه النسائى وأخرجه أبو داود فى العين وحدها مختصراً .

وقول عمر رضى الله عنه رواه قتادة عن خلاس عن عبد الله بن بريدة عن يحيى ابن يعمر عن ابن عباس « أن عمر بن الخطاب قضى فى العين القائمه إذا خسفت واليد الشلاء إذا قطعت والسن السوداء إذا كسرت ثلث ديه كل واحدة منهن » ولانها كاملة الصورة فكان فيها مقدر كالصحيحه ، وقولهم لا يمكن ايجاب مقدر ممنوع فانا قد ذكرنا التقدير وبيناه .

( فصل ) قال القاضى قول أحمد رحمه الله فى السن السوداء ثلث ديتها محمول على سن ذهبت منفعتها بحيث لا يمكنه أن يعض بها الاشياء أو كانت تفتتت ، فأما ان كانت منفعتها باقيه ولم يذهب منها الا لونها ففيها كال ديتها ، سواء قلعت

منفعتها بأن عجز عن عض الاشياء الصلبة بها أو لم يعجز لانها باقية المنفعة فكملت ديتها كسائر الاعضاء وليس على من سودها إلا حكومة ، وهذا مذهب الشافعى والصحيح من مذهب أحمد ما يوافق ظاهر كلامه لظاهر الأخبار وقضاء عمر بن الخطاب رضى الله عنه وقول أكثر أهل العلم ولانه ذهب جمالها بتسويدها فكملت ديتها على من سودها كما لو سود وجهه ولم يجب على متلفها أكثر من ثلث ديتها كاليد الشلاء وكالسن إذا كانت بيضاء فانقلعت ونبت مكانها سوداء لمرض فيها فان القاضى وأصحاب الشافعى سلموا أنها لا تكمل ديتها .

## فصـــل

فان نبتت أسنان صبي سوداء ثم ثغر ثم عادت سوداء فديتها تامه ، لأن هذا جنس خلق على هذه الصورة فأشبه من خلق أسود الجسم والوجه جميعا ، وان نبتت أولا بيضاء ثم ثغر ثم عادت سوداء سئل أهل الخبرة .

فان قالوا : ليس السواد لعلة ولا مرض ففيها أيضا كمال ديتها ، وان قالوا ذلك لمرض فيها فعلى قالعها ثلث ديتها أو حكومه وقد سلم القاضى وأصحاب الشافعى الحكم فى هذه الصورة وهو حجه عليهم فيما خالفوا فيه ، ويحتمل أن يكون الحكم فيما كانت سوداء من ابتداء الخلقه هكذا لان المرض قد يكون فى فيه من ابتداء خلقته فيثبت حكمه فى بعض ديتها كما لو كان طارئا .

( فصل ) وفى لسان الأخرس روايتان أيضا كالروايتين فى اليد الشلاء . وكذلك كل عضو ذهبت منفعته وبقيت صورته كالرجل الشلاء والاصبع والذكر اذا كان أشلا وذكر الخصى والعنين إذا قلنا : لا تكمل ديتهما وأشباه هذا فكله يخرج على الروايتين . إحداهما : فيه ثلث ديته ، والأخرى حكومه .

( فصل ) فأما اليد أو الرجل أو الأصبع أو السن الزوائد ونحو ذلك فليس فيه إلا حكومه ، وقال القاضى هذا فى معنى اليد الشلاء فتكون على قياسها يخرج على الروايتين والذى ذكرناه أصح لانه لا تقدير فى هذا ولا هو فى معنى المقدر ولا يصح قياس هذا على العضو الذى ذهبت منفعته وبقى جماله لأن هذه الزوائد لا جمال فيها إنما هى شين فى الخلقه وعيب يرد به المبيع وتنقص به القيمه فكيف يصح قياسه على ما يحصل به الجمال ؟ ثم لو حصل به جمال ما لكنه يخالف جمال

العضو الذى يحصل به تمام الخلقة ويختلف فى نفسه اختلافا كثيراً فوجبت فيه الحكومة ويحتمل أن لا يجب فيه شيء لما ذكرنا

( فصل ) واختلفت الرواية فى قطع الذكر بعد حشفته وقطع الكف بعد أصابعه فروى أبو طالب عن أحمد فيه ثلث ديته وكذلك شحمة الاذن، وعن أحمد فى ذلك كله حكومة والصحيح فى هذا أن فيه حكومة لعدم التقدير فيه وامتناع قياسه على ما فيه تقدير ، لان الاشل بقيت صورته وهذا لم تبق صورته انما بقى بعض ما فيه الدية أو أصل مافيه الديه فأما قطع الذراع بعد قطع الكف والساق بعد قطع القدم فينبغى أن تجب الحكومة فيه وجها واحداً لان ايجاب ثلث دية اليد فيه يفضى الى أن يكون الواجب فيه مع بقاء الكف والقدم وذهابهما واحداً مع تفاوتهما وعدم النص فيهما والله أعلم

« مسأله » قال ( وفى اسكتى المرأة الدية )

الاسكتان . هما اللحم المحيط بالفرج من جانبيه احاطة الشفتين بالفم ، وأهل اللغة يقولون الشفران حاشيتا الاسكتين كما أن أشفار العين أهدابها وفيهما دية المرأة اذا قطعا ، وبهذا قال الشافعى وقاله الثورى اذا لم يقدر على جماعها، وقضى به محمد بن سفيان اذا بلغ العظم لان فيهما جمالا ومنفعة وليس فى البدن غيرهما من جنسهما فوجبت فيهما الديه كسائر ما فيه منه شيئان وفى احداهما نصف الديه كما ذكرنا فى غيرهما ، وان جنى عليهما فأشلهما وجبت ديتهما كما لو جنى على شفتيه فاشلهما ولا فرق بين كونهما غليظتين أو دقيقتين قصيرتين أو طويلتين من بكر أو ثيب أو صغيرة أو كبيرة مخفوضة أو غير مخفوضة لأنهما عضوان فيهما الديه فاستوى فيهما جميع ما ذكرنا كسائر أعضائها ولا فرق بين الرتقاء وغيرها ، لان الرتق عيب فى غيرهما فلم ينقص ديتهما كما أن الصمم لم ينقص دية الاذنين . والخفض هو الختان فى حق المرأة

( فصل ) وفى ركب المرأة حكومه ، وهو عانة المرأة وكذلك فى عانة الرجل لأنه لا مقدر فيه ولا هو نظير لما قدر فيه ، فإن أخذ منه شيء مع فرج المرأة

أو ذكر الرجل ففيه الحكومة مع الديه ، كما لو أخذ مع الأنف والشفتين شيء من اللحم الذى حولها .

« مسأله » قال ( وفى موضحة الحر خمس من الإبل ، سواء كان من رجل أو امرأة ، والموضحة فى الرأس والوجه سواء ، وهو التى تبرز العظم )

هذه من شجاج الرأس أو الوجه وليس فى الشجاج ما فيه قصاص سواها ولا يجب المقدر فى أقل منها ، وهى التى تصل الى العظم ، سميت موضحة لأنها أبدت وضح العظم وهو بياضه . وأجمع أهل العلم على أن أرشها مقدر ، قاله ابن المنذر وفى كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم « وفى الموضحة خمس من الإبل » رواه أبو داود والنسائى والترمذى وقال حديث حسن .

وقول الخرقى : فى موضحة الحر يحترز به من موضحة العبد . وقوله سواء كان من رجل أو امرأة ، يعنى أنهما لا يختلفان فى أرش الموضحة لأنها دون ثلث الديه وهما يستويان فيما دون الثلث ويختلفان فيما زاد .

وعند الشافعى أن موضحة المرأة على النصف من موضحة الرجل بناء على أن جراح المرأة على النصف من جراح الرجل فى الكثير والقليل ، وسنذكر ذلك فى موضعه إن شاء الله تعالى .

وعموم الحديث الذى رويناه ههنا حجة عليه وفيه كفايه ، وأكثر أهل العلم على أن الموضحة فى الرأس والوجه . سواء روى ذلك عن أبى بكر وعمر (رض) وبه قال شريح ومكحول والشعبي والنخعى والزهرى وربيعه وعبيد الله بن الحسن وأبو حنيفة والشافعى وإسحاق .

وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال : تضعف موضحه الوجه على موضحة الرأس ، فيجب فى موضحة الوجه عشر من الإبل ، لان شينها أكثر ، وذكره القاضى رواية عن أحمد ، وموضحة الرأس يسترها الشعر والعمامه . وقال مالك : إذا كانت فى الانف أو فى اللحى الاسفل ففيها حكومة لأنها تبعد عن الدماغ فاشبهت موضحة سائر البدن .

ولنا عموم الأحاديث وقول أبى بكر وعمر رضى الله عنهما الموضحه فى الرأس

والوجه سواء ؛ ولأنها موضحة فكان أرشها خمسا من الإبل كغيرها مما سلموه ، ولا عبرة بكثرة الشين بدليل التسويه بين الصغيرة والكبيرة ؛ وما ذكروه لمالك لا يصح فإن الموضحة فى الصدر أكثر ضرراً وأقرب الى القلب ولا مقدر فيها ، وقد روى عن أحمد رحمه الله أنه قال : موضحة الوجه أحرى أن يزاد فى ديتها ، وليس معنى هذا أنه يجب فيها أكثر والله أعلم ، إنما معناه أنها أولى بإيجاب الدية فإنه إذا وجب فىموضحة الرأس مع قلة شينها ، واستتارها بالشعر وغطاء الرأس خمس من الإبل فلأن يجب ذلك فى الوجه الظاهر الذى هو مجمع المحاسن وعنوان الجمال أولى ، وحمل كلام أحمد على هذا أولى من حمله على ما يخالف الخبر والأثر وقول أكثر أهل العلم ، ومصيره الى التقدير بغير توقيف ولا قياس صحيح .

( فصــل )

ويجب أرش الموضحة فى الصغيرة والكبيرة ، والبارزة والمستورة بالشعر ، لأن اسم الموضحة يشمل الجميع ، وحد الموضحة ما أفضى الى العظم ولو بقدر إبرة ، ذكره ابن القاسم والقاضى ، فإن شجه فى رأسه شجة بعضها موضحه وبعضها دون الموضحة لم يلزمه أكثر من أرش موضحة ، لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من أرش موضحة ، فلأن لا يلزمه فى الإيضاح فى البعض أكثر من ذلك أولى ، وهكذا لو شجه شجة بعضها هاشمة وباقيها دونها لم يلزمه أكثر من ارش هاشمة ، وان كانت منقلة وما دونها أو مأمومة وما دونها فعليه أرش منقلة أو مأمومة لما ذكرنا

( فصل ) وليس فى موضحة غير الرأس والوجه مقدر فى قول أكثر أهل العلم منهم إمامنا ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وابن المنذر . قال ابن عبد البر : ولا يكون فى البدن موضحة يعنى ليس فيها مقدر ، قال وعلى ذلك جماعة العلماء إلا الليث بن سعد قال الموضحة تكون فى الجسد أيضا ، وقال الأوزاعى فى جراحة الجسد على النصف من جراحة الرأس ، وحكى نحو ذلك عن عطاء الخراسانى قال فى الموضحه فى سائر الجسد خمسة وعشرون ديناراً .

ولنا أن اسم الموضحة إنما يطلق على الجراحة المخصوصة فى الوجه والرأس ، وقول الخليفتين الراشدين الموضحة فى الوجه والرأس سواء يدل على أن باقى الجسد

بخلافه ، ولأن الشين فيها فى الرأس والوجه أكثر وأخطر مما فى سائر البدن فلا يلحق به ، ثم إيجاب ذلك فى سائر البدن يفضى الى أن يجب فى موضحة العضو أكثر من ديته ، مثل أن يوضح أنملة ديتها ثلاثة وثلث ودية الموضحة خمس ، وأما قول الأوزاعى وعطاء الخراسانى فتحكم لا نص فيه ، ولا قياس يقتضيه فيجب إطراحه .

( فصل ) وإن أوضحه فى رأسه وجر السكين الى قفاه فعليه أرش موضحة وحكومة لجرح القفا لأن القفا ليس بموقع الموضحه وان أوضحه فى رأسه ومدها الى وجهه فعلى وجهين . أحدهما أنها موضحه واحدة ، لأن الوجه والرأس سواء فى الموضحه فصار كالعضو الواحد . والثانى هما موضحتان لأنه أوضحه فى عضوين فكان لكل واحد منهما حكم نفسه كما لو أوضحه فى رأسه ونزل الى القفا .

( فصل ) وان أوضحه فى رأسه موضحتين بينهما حاجز فعليه أرش موضحتين لأنهما موضحتان فإن أزال الحاجز الذى بينهما وجب أرش موضحه واحدة لأنه صار الجميع بفعله موضحة فصار كما لو أوضح الكل من غير حاجز يبقى بينهما ، وان اندملتا ثم أزال الحاجز بينهما فعليه أرش ثلاث مواضح لأنه استقر عليه أرش الاولين بالاندمال ثم لزمته دية الثالثه ، وان تآكل ما بينهما قبل اندمالهما فزال لم يلزمه أكثر من أرش واحدة ، لأن سراية فعله كفعله ، وان اندملت إحداهما وزال الحاجز بفعله أو سراية الاخرى فعليه أرش موضحتين ، وان أزال الحاجز أجنبى فعلى الاول أرش موضحتين وعلى الثانى أرش موضحة ، لان فعل أحدهما لا ينبنى على فعل الآخر فانفرد كل واحد منهما بحكم جنايته ، وان أزاله المجنى عليه وجب على الاول أرش موضحتين ، لأن ما وجب بجنايته لا يسقط بفعل غيره ، فان اختلفا فقال الجانى أنا شققت ما بينهما ، وقال المجنى عليه بل أنا أو أزالها آخر سواك فالقول قول المجنى عليه ، لأن سبب أرش موضحتين قد وجد والجانى يدعى زواله والمجنى عليه ينكره والقول قول المنكر والاصل معه ، وان أوضح موضحتين ثم قطع اللحم الذى بينهما فى الباطن وترك الجلد الذى فوقهما ففيها وجهان : أحدهما : يلزمه أرش موضحتين لانفصالهما فى الظاهر .

والثاني أرش موضحة لاتصالها في الباطن ، وإن جرحه جراحا واحدة وأوضحه في طرفيها و بقيها دون الموضحة ففيه أرش موضحتين لان ما بينهما ليس بموضحة

﴿ مسألة ﴾ قال ( وفي الهاشمة عشر من الإبل وهي التي توضح العظم وتهشمه )

الهاشمة هي التي تتجاوز الموضحه فتهشم العظم ، سميت هاشمة لهشمها العظم ولم يبلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها تقدير ، وأكثر من بلغنا قوله من أهل العلم على أن أرشها مقدر بعشر من الابل . روى ذلك قبيصة بن ذؤيب عن زيد ابن ثابت ، وبه قال قتادة والشافعي والعنبري ونحوه قال الثوري وأصحاب الرأي إلا أنهم قدروها بعشر الديه من الدراهم : وذلك على قولهم ألف درهم ، وكان الحسن لا يوقت فيها شيئا .

وحكي عن مالك أنه قال : لا أعرف الهاشمه ، لكن في الايضاح خمس وفي الهشم حكومه . قال ابن المنذر : النظر يدل على قول الحسن إذ لا سنة فيها ولا إجماع ، ولانه لم ينقل فيها عن النبي صلى الله عليه وسلم تقدير فوجبت فيها الحكومه كما دون الموضحه .

ولنا قول زيد ومثل ذلك الظاهر انه توقيف ولانه لم نعرف له مخالفا في عصره فكان اجماعا ولانها شجه فوق الموضحه تختص باسم فكان فيها مقدر كالمأمومه

( فصل ) والهاشمه في الرأس والوجه خاصة على ماذكرنا في الموضحه وان هشمه هاشمتين بينهما حاجز ففيهما عشرون من الابل على ما ذكرنا في الموضحه من التفصيل ، وتستوي الهاشمه الصغيرة والكبيرة . وان شجه شجة بعضها موضحة وبعضها هاشمه وبعضها سمحاق وبعضها متلاحمه وجب أرش الهاشمه لانه لو كان جميعها هاشمه أجزأ أرشها ، ولو انفرد القدر المهشوم وجب أرشها فلا ينقص ذلك بما اذا زاد من الارش في غيرها . وان ضرب رأسه فهشم العظم ولم يوضحه لم تجب دية الهاشمه بغير خلاف لان الارش المقدر وجب في هاشمه يكون معها موضحه وفي الواجب فيها وجهان . أحدهما فيها خمس من الابل لانه لو أوضح وكسر لوجبت عشر : خمس في الايضاح وخمس في الكسر فإذا وجد الكسر دون

الايضاح وجب خمس . والثاني . تجب حكومة لأنه كسر عظم لا جرح معه فأشبه كسر قصبة الانف .

( فصل ) فإن أوضحه موضحتين هشم العظم فى كل واحدة منها واتصل الهشم فى الباطن فهما هاشمتان ، لأن الهشم إنما يكون تبعاً الإيضاح ، فإذا كانتا موضحتين كان الهشم هاشمتين بخلاف الموضحة فإنها ليست تبعاً لغيرها فافترقا .

« مسألة » قال ( وفى المنقلة خمس عشرة من الابل وهى التى توضح وتهشم وتسطو حتى تنقل عظامها )

المنقله : زائدة على الهاشمه وهى التى تكسر العظام وتزيلها عن مواضعها فيحتاج إلى نقل العظم ليلتئم ، وفيها خمس عشرة من الابل بإجماع من أهل العلم ، حكاه ابن المنذر ، وفى كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم « وفى المنقلة خمس عشرة من الابل » وفى تفصيلها ما فى تفصيل الموضحة والهاشمة على ما مضى

« مسأله » قال (وفى المأمومة ثلث الدية وهى التى تصل الى جلدة الدماغ وفى الآمّة مثل ما فى المأمومة )

المأمومة والآمه شيء واحد ، قال ابن عبد البر أهل العراق يقولون لها الامة وأهل الحجاز المأمومة وهى الجراحة الواصله الى أم الدماغ سميت أم الدماغ لانها تحوطه وتجمعه فإذا وصلت الجراحة إليها سميت آمة ومأمومة ، يقال آم الرجل آمة ومأمومة ، وأرشها ثلث الدية فى قول عامة أهل العلم إلا مكحولا فإنه قال : إن كانت عمداً ففيها ثلثا الدية وان كانت خطأ ففيها ثلثها .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم فى كتاب عمرو بن حزم « وفى المأمومة ثلث الدية » . وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل ذلك ، وروى نحوه عن على ولانها شجة فلم يختلف أرشها بالعمد والخطأ فى المقدار كسائر الشجاج .

( فصل ) وان خرق جلدة الدماغ فهى الدامغة ، وفيها ما فى المأمومة ، قال القاضى : لم يذكر أصحابنا الدامغه لمساواتها المأمومه فى أرشها ، وقيل : فيها مع ذلك حكومه لخرق جلدة الدماغ ، ويحتمل أنهم تركوا ذكرها لكونها لا يسلم صاحبها فى الغالب .

(فصل) فإن أوضحه رجل ثم هشمه الثاني ثم جعلها الثالث منقلة ثم جعلها الرابع مأمومة فعلى الأول أرش موضحته، وعلى الثاني خمس تمام أرش الهاشمه، وعلى الثالث خمس تمام أرش المنقله، وعلى الرابع ثمانية عشر وثلث تمام أرش المأمومه

«مسأله» قال (وفي الجائفه ثلث الديه وهي التي تصل إلى الجوف)

وهذا قول عامة أهل العلم: منهم أهل المدينه، وأهل الكوفه، وأهل الحديث وأصحاب الرأي إلا مكحولا قال فيها: في العمد ثلثا الديه.

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في كتاب عمرو بن حزم «وفي الجائفه ثلث الديه» وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل ذلك، ولأنها جراحه فيها مقدر فلم يختلف قدر أرشها بالعمد والخطأ كالموضحه. ولا نعلم في جراح البدن الخاليه عن قطع الأعضاء وكسر العظام مقدراً غير الجائفه، والجائفه ما وصل الى الجوف من بطن أو ظهر أو صدر أو ثغرة نحر أو ورك أو غيره. وذكر ابن عبد البر أن مالكا وأبا حنيفه والشافعي والبتي وأصحابهم اتفقوا على أن الجائفه لاتكون الا في الجوف. قال ابن القاسم: الجائفه ماأفضى الى الجوف ولو بمغرز إبرة، فأما ان خرق شدقه فوصل الى باطن الفم فليس بجائفه لان داخل الفم حكمه حكم الظاهر لا حكم الباطن، وان طعنه في وجنته فكسر العظم ووصل الى فيه فليس بجائفه لما ذكرنا

وقال الشافعي في أحد قوليه: هو جائفه لانه قد وصل الى جوف، وهذا ينتقض بما اذا خرق شدقه، فعلى هذا يكون عليه دية هاشمه لكسر العظم وفيما زاد حكومه، وان جرحه في أنفه فأنفذه فهو كما لو جرحه في وجنته فأنفذه الى فيه في الحكم والخلاف، وان جرحه في ذكره فوصل الى مجرى البول من الذكر فليس بجائفه لأنه ليس بجوف يخاف التلف من الوصول إليه بخلاف غيره

(فصل) وان أجافه جائفتين بينهما حاجز فعليه ثلثا الديه، وان خرق الجاني مابينهما أو ذهب بالسرايه صارا جائفة واحدة فيها ثلث الديه لا غير، وان خرق مابينهما أجنبي أو المجني عليه فعلى الاول ثلثا الديه وعلى الاجنبي الثاني ثلثها ويسقط ما قابل فعل المجني عليه

وان احتاج الى خرق ما بينهما للمداواة فخرقها المجنى عليه أو غيره بأمره أو خرقها ولى المجنى عليه لذلك أو الطبيب بأمره فلا شيء فى خرق الحاجز وعلى الاول ثلثا الدية وان أجافه رجل فوسعها آخر فعلى كل واحد منهما أرش جائفة ، لأن فعل كل واحد منهما لو انفرد كان جائفة فلا يسقط حكمه بانضمامه الى فعل غيره ، لأن فعل الإنسان لا ينبنى على فعل غيره ، وان وسعها الطبيب بإذنه أو إذن وليه لمصلحته فلا شيء عليه ، وان وسعها جان آخر فى الظاهر دون الباطن أو فى الباطن دون الظاهر فعليه حكومة ، لأن جنايته لم تبلغ الجائفة وان أدخل السكين فى الجائفة ثم أخرجها عزر ولا أرش عليه .

وإن كان قد خاطها فجاء آخر فقطع الخيوط وأدخل السكين فيها قبل أن تلتحم عزر أشد من التعزير الأول الذى قبله وغرمه ثمن الخيوط وأجرة الخياط ولم يلزمه أرش جائفة لأنه لم يجفه وان فعل ذلك بعد التحامها فعليه أرش الجائفة وثمن الخيوط ، لأنه بالالتحام عاد الى الصحة فصار كالذى لم يجرح ، وان التحم بعضها دون بعض ففتق ما التحم فعليه أرش جائفة لما ذكرنا ، وان فتق غير ما التحم عليه فليس عليه أرش الجائفة وحكمه حكم من فعل مثل فعله قبل أن يلتحم منها شيء وان فتق بعض ما التحم فى الظاهر دون الباطن أو الباطن دون الظاهر فعليه حكومة كما لو وسع جرحه كذلك .

( فصـــل )

وان جرح فخذه ومد السكين حتى بلغ الورك فأجاف فيه أو جرح الكتف وجر السكين حتى بلغ الصدر فأجافه فيه فعليه أرش الجائفة وحكومة فى الجراح لان الجراح فى غير موضع الجائفه فانفردت بالضمان كما لو أوضحه فى رأسه وجر السكين حتى بلغ القفا فانه يلزمه أرش موضحة وحكومة لجرح القفا .

( فصل ) فإن أدخل حديدة أو خشبة أو يده فى دبر إنسان فخرق حاجزاً فى الباطن فعليه حكومه ولا يلزمه أرش جائفة ، لان الجائفة ما خرقت من الظاهر الى الجوف ، وهذه بخلافه ، وكذلك لو أدخل السكين فى جائفة إنسان فخرق شيئا فى الباطن فليس ذلك بجائفة لما ذكرنا .

« مسألة » قال ( فإن جرحه فى جوفه فخرج من الجانب الآخر فهما جائفتان )

هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء ومجاهد وقتادة ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ، قال ابن عبد البر : لا أعلمهم يختلفون فى ذلك ، وحكى عن بعض أصحاب الشافعى أنه قال : هى جائفة واحدة .

وحكى أيضا عن أبى حنيفة لأن الجائفة هى التى تنفذ من ظاهر البدن الى جوف وهذه الثانية إنما نفذت من الباطن الى الظهر .

ولنا ما روى سعيد بن المسيب « أن رجلا رمى رجلا بسهم فأنفذه فقضى أبو بكر رضى الله عنه بثلثى الديه ولا مخالف له فيكون إجماعا » أخرجه سعيد بن منصور فى سننه .

وروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن عمر قضى فى الجائفه إذا نفذت الجوف بأرش جائفتين لأنه أنفذه من موضعين فكان جائفتين كما لو أنفذه بضربتين ، وما ذكروه غير صحيح فإن الاعتبار بوصول الجرح الى الجوف لا بكيفية إيصاله اذ لا أثر لصورة الفعل مع التساوى فى المعنى ، ولأن ماذكروه من الكيفية ليس بمذكور فى خبر ، وانما العادة والغالب وقوع الجائفه هكذا فلا يعتبر كما أن العادة والغالب حصولها بالحديد ، ولو حصلت بغيره لكانت جائفة ثم ينتقض ماذكروه بما لو أدخل يده فى جائفة انسان فخرق بطنه من موضع آخر فإنه يلزمه أرش جائفه بغير خلاف نعلمه ، وكذلك يخرج فيمن أوضح انسانا فى رأسه ثم أخرج رأس السكين من موضع آخر فهى موضحتان فان هشمه هاشمه لها مخرجان فهى هاشمتان وكذلك ما أشبهه .

( فصل ) فان أدخل أصبعه فى فرج بكر فأذهب بكارتها فليس بجائفه لأن ذلك ليس بجوف .

« مسألة » قال ( ومن وطىء زوجته وهى صغيرة ففتقها لزمه ثلث الديه )

معنى الفتق : خرق ما بين مسلك البول والمنى ، وقيل : بل معناه خرق ما بين القبل والدبر الا أن هذا بعيد لانه يبعد أن يذهب بالوطء ما بينهما من الحاجز فانه حاجز غليظ قوى ، والكلام فى هذه المسأله فى فصلين .

أحدهما : فى أصل وجوب الضمان .

والثانى : فى قدره . أما الأول فإن الضمان إنما يجب بوطء الصغيرة أو النحيفه التى لا تحمل الوطء دون الكبيرة المحتملة له وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعى يجب الضمان فى الجميع لأنه جناية فيجب الضمان به كما لو كان فى أجنبية .

ولنا أنه وطء مستحق فلم يجب ضمان ما تلف به كالبكارة ولأنه فعل مأذون فيه ممن يصح إذنه فلم يضمن ما تلف بسرايته كما لو أذنت فى مداواتها بما يفضى إلى ذلك ، وكقطع السارق أو استيفاء القصاص وعكسه الصغيرة والمكرهة على الزنا ، إذا ثبت هذا فإنه يلزمه المهر المسمى فى النكاح مع أرش الجنايه ويكون أرش الجنايه فى ماله ان كان عمداً محضاً وهو ان يعلم أنها لا تطيقه وأن وطأه يفضيها . فأما إن لم يعلم ذلك وكان مما يحتمل أن لا يفضى اليه فهو عمد الخطأ فيكون على عاقلته إلا على قول من قال : ان العاقلة لا تحمل عمد الخطأ فإنه يكون فى ماله

الفصل الثانى : فى قدر الواجب وهو ثلث الديه وبهذا قال قتادة وأبو حنيفة وقال الشافعى : تجب الدية كاملة ، وروى ذلك عن عمر بن عبدالعزيز لأنه أتلف منفعة الوطء فلزمته الدية كما لو قطع أسكتيها .

ولنا ما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قضى فى الافضاء بثلث الديه ، ولم نعرف له فى الصحابة مخالفا . ولأن هذه جنايه تخرق الحاجز بين مسلك البول والذكر فكان موجبها ثلث الدية كالجائفه ولا نسلم أنها تمنع الوطء ، وأما قطع الاسكتين فإنما أوجب الديه ، لأنه قطع عضوين فيهما نفع وجمال فأشبه قطع الشفتين .

( فصل ) وإن استطلق بولها مع ذلك لزمته دية من غير زيادة ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : تجب دية وحكومه ، لأنه فوت منفعتين فلزمه أرشهما كما لو فوت كلامه وذوقه .

ولنا أنه أتلف عضواً واحداً ثم يفت غير منافعه فلم يضمنه بأكثر من ديه واحدة كما لو قطع لسانه فذهب ذوقه وكلامه وما قاله لا يصح لانه لو أوجب دية المنفعتين لأوجب ديتين ، لأن استطلاق البول موجب الديه والافضاء عنده

موجب للديه منفرداً ولم يقل به وإنما أوجب الحكومه ولم يوجد مقتضيها فاننا لا نعلم أحداً أوجب في الافضاء حكومه .

(فصل) وان اندمل الحاجز وانسد وزال الافضاء لم يجب ثلث الديه ووجبت حكومه لجبر ما حصل من النقص .

( فصل ) وان أكره إمرأة على الزنا فأفضاها لزمه ثلث ديتها ومهر مثلها لأنه حصل بوطء غير مستحق ولا مأذون فيه فلزمه ضمان ماأتلف به كسائر الجنايات وهل يلزمه أرش البكارة مع ذلك ؟ فيه روايتان .

إحداهما : لا يلزمه لأن أرش البكارة داخل في مهر المثل فإن مهر البكر أكثر من مهر الثيب فالتفاوت بينهما هو عوض أرش البكارة فلم يضمنه مرتين كما في حق الزوجه .

والثانيه : يضمنه لأنه محل أتلفه بعدوانه فلزمه أرشه كما لو أتلفه بأصبعه : فأما المطاوعه على الزنا إذا كانت كبيرة ففتقها فلا ضمان عليه في فتقها ، وقال الشافعي : يضمن لان المأذون فيه الوطء دون الفتق فأشبه مالو قطع يدها .

ولنا أنه ضرر حصل من فعل مأذون فيه فلم يضمنه كأرش بكارتها ومهر مثلها وكما لو أذنت في قطع يدها فسرى القطع الى نفسها وفارق ما اذا أذنت في وطئها فقطع يدها لان ذلك ليس من المأذون فيه ولا من ضرورته .

## فصل

وان وطيء امرأة بشبهه فأفضاها فعليه أرش افضائها مع مهر مثلها لأن الفعل انما أذن فيه اعتقاداً أن المستوفي له هو المستحق فإذا كان غيره ثبت في حقه وجوب الضمان لما أتلف كما لو أذن في أخذ الدين لمن يعتقد أنه مستحقه فبان أنه غيره ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفه : يجب لها أكثر الأمرين من مهر مثلها أو أرش افضائها لان الارش لاتلاف العضو فلا يجمع بين ضمانه وضمان منفعته كما لو قلع عينا .

ولنا أن هذه جناية تنفك عن الوطء فلم يدخل بدله فيها كما لو كسر صدرها وما ذكروه غير صحيح فإن المهر يجب لاستيفاء منفعه البضع والارش يجب لاتلاف الحاجز فلا تدخل المنفعه فيه .

( فصل ) وان استطلق بول المكره على الزنا والموطوءة بشبهة مع افضائهما فعليه ديتهما والمهر ، وقال أبو حنيفه : فى الموطوءة بشبهة لا يجمع بينهما ويجب أكثرهما ، وقد سبق الكلام معه فى ذلك .

« مسألة » قال ( وفى الضلع بعير وفى الترقوة بعيران )

ظاهر هذا أن فى كل ترقوة بعيرين فيكون فى الترقوتين أربعة أبعرة ، وهذا قول زيد بن ثابت ، والترقوة هو العظم المستدير حول العنق من النحر الى الكتف ولكل واحد ترقوتان ففيهما أربعة أبعرة فى ظاهر قول الخرقى .

وقال القاضى : المراد بقول الخرقى الترقوتان معا وانما اكتفى بلفظ الواحد لادخال الألف واللام المقتضية للاستغراق فيكون فى كل ترقوة بعير . وهذا قول عمر بن الخطاب ، وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد وعبدالملك بن مروان وسعيد ابن جبير وقتادة واسحاق ، وهو قول للشافعى والمشهور من قوليه عند أصحابه أن فى كل واحد مما ذكرنا حكومة ، وهو قول مسروق وأبى حنيفة ومالك وابن المنذر لأنه عظم باطن لا يختص بجمال ومنفعة فلم يجب فيه أرش مقدر كسائر أعضاء البدن ولأن التقدير انما يكون بتوقيف أو قياس صحيح وليس فى هذا توقيف ولا قياس . وروى عن الشعبى أن فى الترقوة أربعين ديناراً .

وقال عمرو بن شعيب فى الترقوتين الدية وفى أحدهما نصفها لأنهما عضوان فيهما جمال ومنفعة ، وليس فى البدن غيرهما من جنسهما فكملت فيهما الدية كاليدين

ولنا قول عمر رضى الله عنه وزيد بن ثابت وما ذكروه ينتقض بالهاشمة فإنها كسر عظام باطنة وفيها مقدر ولا يصح قولهم . انها لا تختص بجمال ومنفعة فإن جمال هذه العظام ونفعها لا يوجد فى غيرها ولا مشارك لها فيه ، وأما قول عمرو ابن شعيب فمخالف للإجماع فإننا لا نعلم أحداً قبله ولا بعده وافقه فيه

« مسألة » قال ( وفى الزند أربعة أبعرة لأنه عظمان )

قال القاضى : يعنى به الزندين فيهما أربعة أبعرة لأن فيهما أربعة عظام ففى كل عظم بعير وهذا يروى عن عمر بن الخطاب وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى فيه حكومة لما تقدم .

ولنا ما روى سعيد حدثنا هشيم حدثنا يحي بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن عمرو بن العاص كتب الى عمر فى أحد الزندين إذا كسر ، فكتب له عمر : إن فيه بعيرين ، وإذا كسر الزندين ففيهما أربعة من الإبل ، ورواه أيضا من طريق آخر مثل ذلك ، وهذا لم يظهر له مخالف فى الصحابة فكان إجماعا .

( فصـــل )

ولا مقدر فى غير هذه العظام فى ظاهر كلام الخرقى ، وهو قول أكثر أهل العلم وقال القاضى : فى عظم الساق بعيران وفى الساقين أربعة أبعرة وفى عظم الفخذ بعيران وفى الفخذين أربعة ، فهذه تسعة عظام فيها مقدر الضلع والترقوتان والزندان والساقان والفخذان وماعداها لا مقدر فيه . وقال ابن عقيل وأبو الخطاب وجماعة من أصحاب القاضى : فى كل واحد من الذراع والعضد بعيران ، وزاد أبو الخطاب عظم القدم ، لما روى سليمان بن يسار أن عمر قضى فى الذراع والعضد والفخذ والساق والزند إذا كسر واحد منها فجبر ولم يكن به دحور : يعنى عوجا ، بعير ، وإن كان فيها دحور فبحساب ذلك . وهذا الخبر إن صح فهو مخالف لما ذهبوا إليه فلا يصلح دليلا عليه ، والصحيح إن شاء الله أنه لا تقدير فى غير الخمسة الضلع والترقوتين والزندين لأن التقدير إنما يثبت بالتوقيف . ومقتضى الدليل وجوب الحكومة فى هذه العظام الباطنة كلها ، وإنما خالفناه فى هذه العظام لقضاء عمر رضى الله عنه فيماعداها يبقى على مقتضى الدليل ، وما عدا هذه العظام كعظم الظهر وغيره ففيه الحكومه ولا نعلم فيه مخالفا . وان خالف فيها مخالف فهو قول شاذ لا يستند الى دليل يعتمد عليه ولا يصار اليه .

« مسألة » قال ﴿ والشجاج التى لا توقيت فيها أولها الحارصة ، وهى التى تحرص الجلد ﴾

يعنى تشقه قليلا ، وقال بعضهم هى الحارصة ثم الباضعة ، وهى التى تشق اللحم بعد الجلد ثم البازلة وهى التى يسيل منها الدم ، ثم المتلاحمة وهى التى أخذت فى اللحم ، ثم السمحاق وهى التى بينها وبين العظم قشرة رقيقة ثم الموضحة ،

هكذا وقع فى النسخ التى وصلت إلينا الحارصة ثم الباضعة ثم البازلة ، ولعله من غلط الكاتب والصواب الحارصة ثم البازله ثم الباضعه ، هكذا رتبها سائر من علمنا قوله من أهل العلم ؛ ولأن الباضعة التى تشق اللحم بعد الجلد ، فلا يمكن وجودها قبل البازله التى يسيل منها الدم وتسمى الدامعة لقلة سيلان دمها تشبيها له بخروج الدمع من العين والتى تشق اللحم بعد الجلد يسيل منها دم كثير فى الغالب فكيف يصح جعلها سابقة على مالا يسيل منها إلا دم يسير كدمع العين ؟ ويدل على صحة ما ذكرناه أن زيد بن ثابت جعل فى البازله بعيراً وفى الباضعة بعيرين ، وقول الخرقى ، والشجاج يعنى جراح الرأس والوجه ، فإنه يسمى شجاجا خاصة دون جراح سائر البدن ، والشجاج المسماة عشر ، خمس منها أرشها مقدر وقد ذكرناها وخمس لا توقيت فيها .

قال الأصمعى : أولها الحارصة وهى التى تشق الجلد قليلا يعنى تقشر شيئا يسيراً من الجلد لا يظهر منه دم ومنه حرص القصار الثوب اذا شقه قليلا ثم البازله وهى التى يبزل منها الدم ، أى يسيل ، وتسمى الدامية أيضا والدامعة ثم الباضعة وهى التى تشق اللحم بعد الجلد ، ثم المتلاحمة وهى التى أخذت فى اللحم ، يعنى دخلت فيه دخولا كثيراً يزيد على الباضعة ولم تبلغ السمحاق ، ثم السمحاق وهى التى تصل إلى قشرة رقيقة فوق العظم تسمى تلك القشرة سمحاقا ، وسميت الجراح الواصلة اليها بها ويسميها أهل المدينة الملطا والملطاة ، وهى التى تأخذ اللحم كله حتى تخلص منه . ثم الموضحة وهى التى تقشر تلك الجلدة وتبدى وضح العظم أى بياضه وهى أول الشجاج الموقتة وما قبلها من الشجاج الخمس فلا توقيت فيها فى الصحيح من مذهب أحمد ، وهو قول أكثر الفقهاء ، يروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ومالك والاوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى .

وروى عن أحمد رواية أخرى أن فى الدامية بعيراً وفى الباضعة بعيرين وفى المتلاحمة ثلاثة وفى السمحاق أربعة أبعرة ، لأن هذا يروى عن زيد بن ثابت .
وروى عن على فى السمحاق مثل ذلك ، رواه سعيد عنهما .

وعن عمر وعثمان فيها نصف أرش الموضحه والصحيح الاول لأنها جراحات لم يرد فيها توقيت فى الشرع فكان الواجب فيها حكومة كجراحات البدن ،

وروى عن مكحول قال: قضى النبى صلى الله عليه وسلم فى الموضحة بخمس من الإبل ولم يقض فيما دونها ، ولأنه لم يثبت فيها مقدر بتوقيف ولا له قياس يصح فوجب الرجوع الى الحكومة كالحارصة .

وذكر القاضى أنه متى أمكن اعتبار هذه الجراحات من الموضحة مثل أن يكون فى رأس المجنى عليه موضحة الى جانبها قدرت هذه الجراحة منها ، فإن كانت بقدر النصف وجب نصف أرش الموضحة وإن كانت بقدر الثلث وجب ثلث الأرش وعلى هذا إلا أن تزيد الحكومة على قدر ذلك فتوجب ماتخرجه الحكومة فإذا كانت الجراحة قدر نصف الموضحة وشينها ينقص قدر ثلثيها أوجبنا ثلثى أرش الموضحة .

وإن نقصت الحكومة أقل من النصف أوجبنا النصف ، فنوجب الأكثر مما تخرجه الحكومة أو قدرها من الموضحة لأنه اجتمع سببان موجبان الشين وقدرها من الموضحة فوجب بها أكثرهما لوجود سببه ، والدليل على إيجاب المقدار أن هذا اللحم فيه مقدر فكان فى بعضه بمقداره من ديته كالمارن والحشفة والشفة والجفن وهذا مذهب الشافعى ، وهذا لا نعلمه مذهبا لأحد ؛ وما يقتضيه مذهبه ولا يصح لأن هذه جراحة تجب فيها الحكومة فلا يجب فيها مقدر كجراحات البدن ، ولا يصح قياس هذا على ما ذكروه فإنه لا تجب فيه الحكومة ولا نعلم لما ذكروه نظيراً .

« مسألة » قال ( وما لم يكن فيه من الجراح توقيت ولم يكن نظيراً لما وقتت ديته ففيه حكومة )

أما الذى فيه توقيت فهو الذى نص عليه النبى صلى الله عليه وسلم على أرشه وبين قدر ديته ، كقوله « فى الأنف الديه وفى اللسان الديه » وقد ذكرناه وأما نظيره فهو ما كان فى معناه ومقيسا عليه ، كالاليتين والثديين والحاجبين . وقد ذكرنا ذلك أيضا ، فما لم يكن من الموقت ولا مما يمكن قياسه عليه كالشجاج التى دون الموضحة ، وجراح البدن سوى الجائفة وقطع الأعضاء وكسر العظام المذكورة فليس فيه الا الحكومة .

« مسألة » قال ( والحكومة أن يقوم المجنى عليه كأنه عبد لا جناية به ثم يقوم وهى به قد برأت فما نقصته الجناية فله مثله من الدية كأن تكون قيمته وهو عبد صحيح عشرة وقيمته وهو عبد به الجناية تسعة فيكون فيه عشر ديته )

هذا الذى ذكره الخرقى رحمه الله فى تفسير الحكومة . قول أهل العلم كلهم لا نعلم بينهم فيه خلافا . وبه قال الشافعى والعنبرى وأصحاب الرأى وغيرهم

قال ابن المنذر . كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن معنى قولهم حكومة . أن يقال إذا أصيب الانسان بجرح لا عقل له معلوم كم قيمة هذا المجروح . لو كان عبداً لم يجرح هذا الجرح، فإذاقيل مائة دينار قيل وكم قيمته وقد أصابه هذا الجرح وانتهى برؤه ؟ قيل . خمسة وتسعون . فالذى يجب على الجانى نصف عشر الدية وإن قالوا تسعون فعشر الدية . وإن زاد أو نقص فعلى هذا المثال . وإنما كان كذلك لأن جملته مضمونة بالدية فأجزاؤه مضمونة منها . كما أن المبيع لما كان مضمونا على البائع بالثمن كان أرش عيبه مقدراً من الثمن . فيقال كم قيمته لاعيب فيه فقالوا عشرة . فيقال : كم قيمته وفيه العيب ؟ فإذا قيل تسعه علم أنه نقص عشر قيمته فيجب أن ترد من الثمن عشره ، أى قدر كان ونقدره عبداً ليمكن تقويمه ونجعل العبد أصلا للحر فيما لا موقت فيه والحر أصلا للعبد فيما فيه توقيت

« مسأله » قال ( وعلى هذا ما زاد من الحكومه أو نقص إلا أن تكون الجنايه فى رأس أو وجه فيكون أسهل مما وقت فيه فلا يجاوز به أرش الموقت )

يعنى لو نقصته الجناية أكثر من عشر قيمته . لوجب أكثر من عشر ديته ولو نقصته أقل من العشر، مثل أن نقصته نصف عشر قيمته . لوجب نصف عشر ديته إلا إذا شجه دون الموضحة . فبلغ أرش الجراح بالحكومة أكثر من أرش الموضحة لم يجب الزائد

فلو جرحه فى وجهه سمحاقا فنقصته عشر قيمته فمقتضى الحكومة وجوب عشر من الابل ودية الموضحة خمس فههنا يعلم غلط المقوم، لان الجراحة لو كانت موضحة لم تزد على خمس مع أنها سمحاق وزيادة عليها ، فلأن لا يجب فى بعضها زيادة على خمس أولى . وهذا قول أكثر أهل العلم . وبه يقول

الشافعى وأصحاب الرأى . وحكى عن مالك : أنه يجب ما تخرجه الحكومة كائناً ما كان لأنها جراحة لا مقدر فيها . فوجب فيها ما نقص ، كما لو كانت فى سائر البدن . ولنا أنها بعض الموضحة لأنه لو أوضحه لقطع ما قطعته هذه الجراحة ولا يجوز أن يجب فى بعض الشىء أكثر مما يجب فيه ، ولان الضرر فى الموضحة أكثر والشين أعظم والمحل واحد، فإذا لم يزد أرش الموضحة على خمس كان ذلك تنبيها على أن لا يزيد ما دونها عليها ، وأما سائر البدن فما كان فيه موقت كالاعضاء والعظام المعلومة والجائفه فلا يزاد جرح عظم على ديته ، مثاله جرح أنملة فبلغ أرشها بالحكومة خمساً من الابل فإنه يرد الى دية الانملة ، وان جنى عليه فى جوفه دون الجائفه لم يزد على أرش الجائفه : وما لم يكن كذلك وجب ما أخرجته الحكومه لان المحل مختلف

فإن قيل فقد وجب فى بعض البدن أكثر مما وجب فى جميعه ، ووجب فى منافع اللسان أكثر من الواجب فيه

قلنا إنما وجبت دية النفس عوضا عن الروح وليست الاطراف بعضها بخلاف مسألتنا هذه ، ذكره القاضى ويحتمل كلام الخرقى أن يختص امتناع الزيادة بالرأس والوجه لقوله إلا أن تكون الجناية فى رأس أو وجه فلا يجاوز به أرش الموقت

(فصل) واذا أخرجت الحكومة فى شجاج الرأس التى دون الموضحة قدر أرش الموضحة أو زيادة عليه ، فظاهر كلام الخرقى أنه يجب أرش الموضحة

وقال القاضى يجب أن تنقص عنها شيئا على حسب ما يؤدى اليه الاجتهاد ، وهذا مذهب الشافعى لئلا يجب فى بعضها ما يجب فى جميعها

ووجه قول الخرقى أن مقتضى الدليل وجوب ما أخرجته الحكومة ، وانما سقط الزائد على أرش الموضحة لمخالفته النص أو تنبيه النص ففيما لم يزد يجب البقاء على الاصل ، ولان ما ثبت بالتنبيه يجوز أن يساوى المنصوص عليه فى الحكم ولا يلزم أن يزيد عليه ، كما أنه لما نص على وجوب فدية الاذى فى حق المعذور ولم تلزم زيادتها فى حق من لا عذر له ، ولا يمتنع أن يجب فى البعض ما يجب فى الكل بدليل وجوب دية الاصابع ، مثل دية اليد كلها ، وفى حشفة الذكر مثل ما فى جميعه

فإن قيل : هذا وجب بالتقدير الشرعى لا بالتقويم ؟ قلنا : إذا ثبت الحكم بنص الشارع لم يمتنع ثبوت مثله بالقياس عليه والاجتهاد المؤدى اليه . وفى الجملة فالحكومة دليل ترك العمل بها فى الزائد لمعنى مفقود فى المساوى فيجب العمل فيه بها لعدم المعارض ، ثم ان صح ما ذكروه فينبغى أن ينقص أدنى ما تحصل به المساواة المحذورة ويجب الباقى عملا بالدليل الموجب له والله أعلم .

## فصل

ولا يكون التقويم إلا بعد برء الجرح لأن أرش الجرح المقدر إنما يستقر بعد برئه فإن لم تنقصه الجناية شيئا بعد البرء مثل أن قطع أصبعا أو يداً زائدة أو قلع لحية امرأة فلم ينقصه ذلك بل زاده حسنا فلا شيء على الجانى لأن الحكومة لأجل جبر النقص ولا نقص هٰهنا فأشبه ما لو لطم وجهه فلم يؤثر ، وان زادته الجنايه حسنا فالجانى محسن بجنايته فلم يضمن كما لو قطع سلعة أو ثؤلولا وبط خراجا ، ويحتمل أن يضمن .

قال القاضى نص أحمد على هذا لأن هذا جزء مضمون فلم يعر عن ضمان كما لو أتلف مقدر الأرش فازداد به جمالا أو لم ينقصه شيئا ، فعلى هذا يقوم فى أقرب الأحوال الى البرء لأنه لما سقط اعتبار قيمته بعد برئه قوم فى أقرب الأحوال اليه كولد المغرور لما تعذر تقويمه فى البطن قوم عند الوضع لانه أقرب الاحوال التى أمكن تقويمه الى كونه فى البطن . وان لم ينقص فى تلك الحال قوم والدم جار لأنه لا بد من نقص للخوف عليه . ذكره القاضى ولاصحاب الشافعى وجهان كما ذكرنا

وتقوم لحية المرأه كأنها لحية رجل فى حال ينقصه ذهاب لحيته وإن أتلف سنا زائدة قوم وليس له سن ولا خلفها أصلية ثم يقوم ، وقد ذهبت الزائدة ، فإن كانت المرأة إذا قدرناها ابن عشرين نقصها ذهاب لحيتها يسيراً وان قدرناها ابن أربعين نقصها كثيراً قدرناها ابن عشرين لانه أقرب الاحوال الى حال المجنى عليه فأشبه تقويم الجرح الذى لا ينقص بعد الاندمال فإنا نقومه فى أقرب أحوال النقص الى حال الاندمال .

والاول أصح إن شاء الله فإن هذا لا مقدر فيه ولم ينقص شيئاً فأشبه الضرب

وتضمين النقص الحاصل حال جريان الدم إنما هو تضمين الخوف عليه وقد زال فأشبه ما لو لطمه فاصفر لونه حال اللطمة أو احمر ثم زال ذلك ، وتقدير المرأة رجلا لا يصح لان اللحية زين للرجل وعيب فيها وتقدير مايعيب بما يزين لا يصح وكذلك تقدير السن فى حالة يراد زوالها بحالة تكره لا يجوز فإن الشيء يقدر بنظيره ويقاس على مثله لا على ضده ، ومن قال بهذا الوجه فإنما يوجب أدنى ما يمكن إيجابه وهو أقل نقص يمكن تقديره .

( فصل ) وان لطمه على وجهه فلم يؤثر فى وجهه فلا ضمان عليه لانه لم ينقص به جمال ولا منفعة ولم يكن له حال ينقص فيها فلم يضمنه كما لو شتمه ، وان سود وجهه أو خضره ضمنه بديته لأنه فوت الجمال على الكمال فضمنه بديته كما لو قطع أذنى الأصم وأنف الاخشم .

وقال الشافعى : ليس فيه الا حكومة لأنه لا مقدر فيه ولا هو نظير لمقدر ، وقد ذكرنا أنه نظير لقطع الاذنين فى ذهاب الجمال بل هو أعظم فى ذلك فيكون بإيجاب الدية أولى وان زال السواد يرد ما أخذه لزوال سبب الضمان ، وان زال بعضه وجبت فيه حكومة ورد الباقى وان صفر وجهه أو حمره ففيه حكومة لأن الجمال لم يذهب على الكمال وهذا يشبه ما لو سود سنه أو غير لونها على ما ذكرنا من التفصل فيها .

« مسألة » قال ( وان كانت الجناية على العبد مما ليس فيه شيء موقت فى الحر ففيه ما نقصه بعد التئام الجرح وان كان فيما جنى عليه شيء موقت فى الحر فهو موقت فى العبد ففى يده نصف قيمته وفى موضحته نصف عشر قيمته نقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر وهكذا الامة )

وجملته . أن الجناية على العبد يجب ضمانها بما نقص من قيمته لأن الواجب إنما وجب جبراً لما فات بالجناية ولا ينجبر إلا بإيجاب ما نقص من القيمة فيجب ذلك كما لو كانت الجناية على غيره من الحيوانات وسائر المال ولا يجب زيادة على ذلك لان حق المجنى عليه قد انجبر فلا يجب له زيادة على مافوته الجانى عليه ، هذا هو الاصل ولا نعلم فيه خلافا فيما ليس فيه مقدر شرعى .

فان كان الفائت بالجناية موقتاً فى الحر كيده وموضحته ففيه عن أحمد روايتان إحداهما : أن فيه أيضا ما نقصه بالغا ما بلغ ، وذكر أبو الخطاب أن هذا اختيار الخلال ، وروى الميمونى عن أحمد أنه قال إنما يأخذ قيمة ما نقص منه على قول ابن عباس ، وروى هذا عن مالك فيما عدا موضحته ومنقلته وهاشمته وجائفته ؛ لان ضمانه ضمان الاموال فيجب فيه ما نقص كالبهائم ، ولان ماضمن بالقيمة بالغا ما بلغ ضمن بعضه بما نقص كسائر الأموال ، ولأن مقتضى الدليل ضمان الفائت بما نقص خالفناه فيما وقت فى الحر كما خالفناه فى ضمان بقيته بالدية الموقتة ، ففى العبد يبقى فيهما على مقتضى الدليل .

وظاهر المذهب أن ما كان موقتاً فى الحر فهو موقت فى العبد ففى يده أو عينه أو أذنه أو شفته نصف قيمته وفى موضحته نصف عشر قيمته وما أوجب الدية فى الحر كالانف واللسان واليدين والرجلين والعينين والاذنين أوجب قيمة العبد مع بقاء ملك السيد عليه روى هذا عن على رضى الله عنه .

وروى نحوه عن سعيد بن المسيب ، وبه قال ابن سيرين وعمر بن عبد العزيز والشافعى والثورى ، وبه قال أبو حنيفة .

قال أحمد هذا قول سعيد بن المسيب وقال آخرون ما أصيب به العبد فهو على ما نقص من قيمته .

والظاهر أن هذا لو كان قول على لما احتج أحمد فيه إلا به دون غيره إلا أن أبا حنيفة والثورى قالا ماأوجب الدية من الحر يتخير سيد العبد فيه بين أن يغرمه قيمته ويصير ملكا للجانى وبين أن لا يضمنه شيئا لئلا يؤدى الى اجتماع البدل والمبدل لرجل واحد ، وروى عن إياس بن معاوية فيمن قطع يد عبد عمداً أو فقأ عينه هو له وعليه ثمنه

ووجه هذه الرواية : قول على رضى الله عنه ولم نعرف له فى الصحابة مخالفا ولأنه آدمى يضمن بالقصاص والكفارة فكان فى اطرافه مقدر كالحر ولأن اطرافه فيها مقدر من الحر فكان فيها مقدر من العبد كالشجاج الاربع عند مالك ومايوجب فى شجاجه مقدر وجب فى اطرافه مقدر كالحر .

وعلى أبي حنيفة قول علي ولأن هذه الأعضاء فيها مقدر فوجب ذلك فيها مع بقاء ملك السيد في العبد كاليد الواحدة وسائر الأعضاء، ولان من ضمنت يده بمقدر ضمنت يداه بمثليه من غير أن يملكه كالحر.

وقولهم: إنه اجتمع البدل والمبدل لواحد ليس بصحيح لان القيمة ههنا بدل العضو وحده ولو كان بدلا عن الجملة لكان بدل اليد الواحدة بدلا عن نصفه وبدل تسع أصابع بدلا عن تسعة أعشاره والامر بخلافه، والامة مثل العبد في ذلك إلا أنها تشبه بالحرة وإذا بلغت ثلث قيمتها احتمل أن جنايتها ترد الى النصف فيكون في ثلاث أصابع وثلاثة أعشار قيمتها وفي أربعة أصابع خمسها كما أن المرأة تساوي الرجل في الجراح الى ثلث ديتها فإذا بلغت الثلث ردت الى النصف والامة امرأة فيكون أرشها من قيمتها كأرش الحرة.

ويحتمل أن لا يرد إلى النصف لان ذلك في الحرة على خلاف الاصل لكون الاصل زيادة الارش بزيادة الجناية وان كلما زاد نقصها وضررها زاد في ضمانها؟ فإذا خولف هذا في الحرة بقينا في الامة على وفق الاصل.

(فصل) وإذا جنى على العبد في رأس أو وجه دون الموضحة فنقصته أكثر من أرشها وجب ما نقصته، ويحتمل أن يرد الى نصف عشر قيمته كالحر إذا زاد أرش شجته التي دون الموضحة على نصف عشر ديته، والأول أولى لأن هذه جراحة لا موقت فيها فكان الواجب فيها ما نقص كما لو كانت في غير رأسه ولان الاصل وجوب ما نقص خولف في المقدر ففي هذا يبقى على الاصل.

«مسألة» قال (وان كان المقتول خنثى مشكلا ففيه نصف دية ذكر ونصف دية أنثى)

وهذا قول أصحاب الرأي. وقال الشافعي الواجب دية أنثى لأنها اليقين فلا يجب الزائد بالشك، ولنا أنه يحتمل الذكورية والانوثية احتمالا واحداً وقد يئسنا من انكشاف حاله فيجب التوسط بينهما والعمل بكلا الاحتمالين.

(فصل) فأما جراحه فما لم يبلغ ثلث الدية ففيه دية جرح الذكر لاستواء الذكر والأنثى في ذلك وان زاد على الثلث مثل أن قطع يده ففيه ثلاثة أرباع

دية يد الذكر سبعة وثلاثون بعيراً ونصف ويقاد به الذكر والأنثى لأنهما لا يختلفان فى القود ويقاد هو بكل واحد منهما .

« مسألة » قال ( وان كان المجنى عليه نصفه حر ونصفه عبد فلا قود وعلى الجانى إن كان عمداً نصف دية حر ونصف قيمته وهكذا فى جراحه وان كان خطأ فعليه نصف قيمته وعلى عاقلته نصف الدية )

يعنى لا قود على قاتله إذا كان نصفه حراً لأنه ناقص بالرق فلم يقتل به الحر كما لو كان كله رقيقا ، وان كان قاتله عبداً قتل به لأنه أكمل من الجانى وان كان نصف القاتل حراً وجب القود لتساويهما وان كانت الحرية فى القاتل أكثر لم يجب القود لعدم المساواة بينهما وفى ذلك كله إذا لم يكن القاتل عبداً فعليه نصف دية حر ونصف قيمته إذا كان عمدا لان العاقلة لا تحمل العمد وان كان خطأ ففى ماله نصف قيمته لان العاقلة لا تحمل العبد وعلى عاقلته نصف الدية لانها دية حر فى الخطأ والعاقلة تحمل ذلك .

وهكذا الحكم فى جراحه إذا كان قدر الدية من أرشها يبلغ ثلث الدية مثل أن يقطع أنفه أو يديه وان قطع احدى يديه فعقل جميعها على الجانى فى ماله لان عليه نصف دية اليد وهو ربع ديته لأجل حرية نصفه وذلك دون ثلث الدية وعليه ربع قيمته .

( فصل ) ودية الاعضاء كدية النفس فان كان الواجب من الذهب أو الورق لم يختلف بعمد ولا خطأ ، وان كان من الإبل وجب فى العمد أرباعا على احدى الروايتين وفى الأخرى يجب خمس وعشر منها حقاق وخمس وعشر جذاع وخمساها خلفات وفى الخطأ يجب أخماسا فان لم يمكن مثل أن يوضحه عمدا فانه يجب أربعة أرباعا والخامس من أحد الاجناس الاربعه قيمته ربع قيمة الاربع

وان قلنا : بالروايه الاخرى وجب خلفتان وحقه وجذعة وبعير قيمته نصف قيمة حقه ونصف قيمة جذعه ، وان كان خطأ وجب الخمس من الاجناس الخمسه من كل جنس بعير ، وان كان الواجب دية أنملة ، وقلنا : يجب من ثلاثه أجناس وجب بعير وثلث من الخلفات وحقه وجذعه .

وإن قلنا أرباعا وجب ثلاثة وثلث قيمتها نصف قيمة الاربعة وثلثها ، وان كان خطأ فقيمتها ثلثا قيمة الخمس ، وعند أصحابنا قيمة كل بعير مائة وعشرون درهماً أو عشرة دنانير ، ولا فائدة فى تعيين أسنانها ، فإن اختلفت قيمة الدنانير والدراهم ، مثل أن كانت العشرة دنانير تساوى مائة درهم ، فقياس قولهم انه اذا جاء بما قيمته عشرة دنانير لزم المجنى عليه قبوله لأنه لو جاءه بالدنانير لزمه قبولها فيلزمه قبول ما يساويها والله أعلم

# باب القسامة

القسامة مصدر أقسم قسما وقسامه . ومعناه حلف حلفا ، والمراد بالقسامة ههنا الايمان المكررة فى دعوى القتل .

قال القاضى : هى الايمان اذا كثرت على وجه المبالغه ، قال وأهل اللغه يذهبون الى أنها القوم الذين يحلفون ، سموا باسم المصدر ، كما يقال رجل زور وعدل ورضى ، وأى الأمرين كان فهو من القسم الذى هو الحلف .

والاصل فى القسامه ما روى يحيى بن سعيد الانصارى عن بشير بن يسار عن سهل بن أبى حثمة ورافع بن خديج أن محيصه بن مسعود وعبد الله بن سهل انطلقا الى خيبر فتفرقا فى النخيل فقتل عبد الله بن سهل فاتهموا اليهود . فجاء أخوه عبد الرحمن وابنا عمه حويصة ومحيصه الى النبى صلى الله عليه وسلم فتكلم عبدالرحمن فى أمر أخيه - وهو أصغرهم - فقال النبى صلى الله عليه وسلم « كبر كبر - أو قال - ليبدأ الأكبر » فتكلما فى أمر صاحبهما ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع اليكم برمته » فقالوا أمر لم نشهده كيف نحلف - قال « فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم » قالوا يا رسول الله : قوم كفار ضلال ؟ قال فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من قبله . قال سهل : فدخلت مربداً لهم فركضتنى ناقة من تلك الابل . متفق عليه

« مسأله » قال أبو القاسم رحمة الله ( اذا وجد قتيل فادعى أولياؤه على قوم لا عداوة بينهم ولم يكن لهم بينه لم يحكم لهم بيمين ولا غيرها )

الكلام فى هذه المسئله فى فصلين :

الأول : فى أنه إذا وجد قتيل فى موضع فادعى أولياؤه قتله على رجل أو جماعة ولم تكن بينهم عداوة ولا لوث فهى كسائر الدعاوى إن كانت لهم بينة حكم لهم بها وإلا فالقول قول المنكر ، وبهذا قال مالك والشافعى وابن المنذر .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إذا ادعى أولياؤه قتله على أهل المحلة أو على معين فللولى أن يختار من الموضع خمسين رجلا يحلفون خمسين يمينا : والله ما قتلناه ولا علمنا قاتله ، فإن نقصوا عن الخمسين كررت الأيمان عليهم حتى تتم : فإذا حلفوا وجبت الدية على باقى الخطة ، فإن لم يكن وجبت على سكان الموضع ، فإن لم يحلفوا حبسوا حتى يحلفوا أو يقروا ، لما روى أن رجلا وجد قتيلا بين حيين فحلفهم عمر رضى الله عنه خمسين يمينا وقضى بالدية على أقربهما - يعنى أقرب الحيين ، فقالوا والله ما وقت أيماننا أموالنا ولا أموالنا أيماننا ، فقال عمر حقنتم بأموالكم دماءكم .

ولنا حديث عبد الله بن سهل وقول النبى صلى الله عليه وسلم « لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ولأن الاصل فى المدعى عليه براءة ذمته ولم يظهر كذبه فكان القول قوله كسائر الدعاوى ولأنه مدعى عليه فلم تلزمه اليمين والغرم كسائر الدعاوى . وقول النبى صلى الله عليه وسلم أولى من قول عمر وأحق بالاتباع .

ثم قصة عمر يحتمل أنهم اعترفوا بالقتل خطأ وأنكروا العمد فأحلفوا على العمد ، ثم إنهم لا يعملون بخبر النبى ( ص ) المخالف للأصول ، وقد صاروا ههنا إلى ظاهر قول عمر المخالف الأصول ، وهو إيجاب الأيمان على غير المدعى عليه وإلزامهم الغرم مع عدم الدعوى عليهم ، والجمع بين تحليفهم وتغريمهم وحبسهم على الأيمان . قال ابن المنذر : سن النبى صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، وسن القسامة فى القتيل الذى وجد بخيبر ، وقول أصحاب الرأى خارج عن هذه السنن .

فصل ولا تسمع الدعوى على غير معين ، فلو كانت الدعوى على أهل مدينه أو محلة أو واحد غير معين أو جماعة منهم بغير أعيانهم لم تسمع الدعوى ، وبهذا

قال الشافعي ، وقال أصحاب الرأى: تسمع ويستحلف خمسون منهم، لأن الانصار ادعوا القتل على يهود خيبر ولم يعينوا القاتل ، فسمع رسول الله (ص) دعواهم .

ولنا أنها دعوى فى حق فلم تسمع على غير معين كسائر الدعاوى . فأما الخبر فإن دعوى الأنصار التى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تكن الدعوى التى بين الخصمين المختلف فيها ، فإن تلك من شرطها حضور المدعى عليه عندهم أو تعذر حضوره عندنا ، وقد بين النبى صلى الله عليه وسلم أن الدعوى لا تصح إلا على واحد بقوله « تقسمون على رجل منهم فيدفع اليكم برمته » وفى هذا بيان أن الدعوى لا تصح على غير معين .

## ( فصل )

فأما إن ادعى القتل من غير وجود قتل ولا عداوة فحكمها حكم سائر الدعاوى فى اشتراط تعيين المدعى عليه وأن القول قوله لا نعلم فيه خلافا .

الفصل الثانى . انه إذا ادعى القتل ولم تكن عداوة ولا لوث ففيه عن احمد روايتان ، إحداهما لا يحلف المدعى عليه ولا يحكم عليه بشىء ويخلى سبيله ، هذا الذى ذكره الخرقى ههنا ، وسواء كانت الدعوى خطأ أو عمداً لأنها دعوى فيها لا يجوز بذله فلم يستحلف فيها كالحدود ، ولأنه لا يقضى فى هذه الدعوى بالنكول فلم يستحلف فيها كالحدود .

والثانية : يستحلف وهو الصحيح ، وهو قول الشافعى لعموم قوله عليه السلام « اليمين على المدعى عليه » وقول النبى صلى الله عليه وسلم « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » ظاهر فى إيجاب اليمين ههنا لوجهين . أحدهما عموم اللفظ فيه ، والثانى أن النبى صلى الله عليه وسلم ، ذكره فى صدر الخبر بقوله « لادعى قوم دماء رجال وأموالهم — ثم عقبه بقوله — ولكن اليمين على المدعى عليه » فيعود الى المدعى عليه المذكور فى الحديث ، ولا يجوز اخراجه منه الا بدليل أقوى منه ولأنها دعوى فى حق آدمى فيستحلف فيها كدعوى المال ، ولأنها دعوى لو أقر بها لم يقبل رجوعه عنها فتجب اليمين فيها كالأصل المذكور .

اذا ثبت هذا فالمشروع يمين واحدة ، وعن احمد انه يشرع خمسون يمينا ،

لأنها دعوى فى القتل فكان المشروع فيها خمسون يميناً ، كما لو كان بينهم لوث وللشافعى قولان فى هذا كالروايتين .

ولنا أن قوله عليه السلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » ظاهر فى أنها يمين واحدة من وجهين : أحدهما أنه وحد اليمين فينصرف إلى واحدة ، والثانى أنه لم يفرق فى اليمين المشروعة فيدل على التسوية بين المشروعة فى الدم والمال ، ولأنها يمين يعضدها الظاهر والأصل فلم تغلظ كسائر الايمان ، ولأنها يمين مشروعة فى جنبة المدعى عليه ابتداء فلم تغلظ بالتكرير كسائر الأيمان ، وبهذا فارق ما ذكروه فإن نكل المدعى عليه عن اليمين لم يجب القصاص بغير خلاف فى المذهب .

وقال أصحاب الشافعى : إن نكل المدعى عليه ردت اليمين على المدعى فحلف خمسين يميناً واستحق القصاص إن كانت الدعوى عمداً ، والدية إن كانت موجبة للقتل لأن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة أو الإقرار والقصاص يجب بكل واحد منهما .

ولنا أن القتل لم يثبت ببينة ولا إقرار ولم يعضده لوث فلم يجب القصاص كما لو لم ينكل ، ولا يصح إلحاق الأيمان مع النكول ببينة ولا إقرار لأنها أضعف منها ، بدليل أنه لا يشرع إلا عند عدمها فيكون بدلا عنهما ، والبدل أضعف من المبدل ، ولا يلزم من ثبوت الحكم بالاقوى ثبوته بالأضعف ، ولا يلزم من وجوب الدية وجوب القصاص لأنه لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ولا بالشاهد واليمين ويحتاط له ويدرأ بالشبهات . والدية بخلافه ، فأما الدية فتثبت بالنكول عند من يثبت المال به أو ترد اليمين على المدعى فيحلف يمينا واحدة ويستحقها ، كما لو كانت الدعوى فى مال والله أعلم .

« مسألة » قال ( فإن كان بينهم عداوة ولوث فادعى أولياؤه على واحد حلف الأولياء على قاتله خمسين يمينا واستحقوا دمه إذا كانت الدعوى عمداً )

الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة :

الأول : فى اللوث المشترط فى القسامة ، واختلفت الرواية عن أحمد فيه فروى

عنه أن اللوث هو العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه، كنحو ما بين الأنصار ويهود خيبر، وما بين القبائل والأحياء وأهل القرى الذين بينهم الدماء والحروب وما بين أهل العدل وما بين الشرطة واللصوص، وكل من بينه وبين المقتول ضغن يغلب على الظن أنه قتله .

نقل مهنا عن أحمد فيمن وجد قتيلا فى المسجد الحرام ينظر من بينه وبينه فى حياته شىء، يعنى ضغنا يؤخذون به ، ولم يذكر القاضى فى اللوث غير العداوة، إلا أنه قال فى الفريقين يقتتلان فينكشفون عن قتيل فاللوث على الطائفة ، واللوث على طائفة القتيل .

إذا ثبت هذا فإنه لا يشترط مع العداوة أن لا يكون فى الموضع الذى به القتيل غير العدو ، نص عليه أحمد فى رواية مهنا التى ذكرناها ، وكلام الخرقى يدل عليه أيضاً ، واشترط القاضى أن لا يوجد القتيل فى موضع عدو لا يختلط بهم غيرهم، وهذا مذهب الشافعى لان الأنصارى قتل فى خيبر ولم يكن فيها إلا اليهود وجميعهم أعداء ، ولأنه متى اختلط بهم غيرهم احتمل أن يكون القاتل ذلك الغير، ثم ناقض القاضى قوله فقال فى قوم ازدحموا فى مضيق فافترقوا عن قتيل إن كان فى القوم من بينه وبينهم عداوة وامكن أن يكون هو قتله لكونه بقربه فهو لوث ، فجعل العداوة لوثاً مع وجود غير العدو .

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يسأل الأنصار هل كان بخيبر غير اليهود أم لا مع أن الظاهر وجود غيرهم فيها لأنها كانت أملاكا للمسلمين يقصدونها لأخذ غلات أملاكهم منها وعمارتها والاطلاع عليها والامتيار منها ، ويبعد أن تكون مدينة على جادة تخلو من غير أهلها ، وقول الانصار ليس لنا بخيبر عدو إلا يهود يدل على انه قد كان بها غيرهم ممن ليس بعدو ، ولان اشتراكهم فى العداوة لا يمنع من وجود اللوث فى حق واحد وتخصيصه بالدعوى مع مشاركة غيره فى احتمال قتله فلأن يمنع ذلك وجود من يبعد منه القتل أولى وما ذكروه من الاحتمال لا ينفى اللوث ، فان اللوث لا يشترط فيه يقين القتل من المدعى عليه ولا ينافيه الاحتمال ولو تيقن القتل من المدعى عليه لما احتيج الى الأيمان ولو اشترط نفى الاحتمال لما صحت الدعوى على واحد من جماعة لأنه يحتمل أن القاتل غيره ولا على الجماعة

كلهم لانه يحتمل أن لا يشترك الجميع فى قتله . ( والرواية الثانية ) عن أحمد ان اللوث ما يغلب على الظن صدق المدعى وذلك من وجوه

أحدهـا : العداوة المذكورة ، والثانى : ان يتفرق جماعة عن قتيل فيكون ذلك لوثا فى حق كل واحد منهم . فإن ادعى الولى على واحد فأنكر كونه مع الجماعة فالقول قوله مع يمينه ذكره القاضى وهو مذهب الشافعى لان الاصل عدم ذلك الا أن يثبت ببينة . الثالث أن يزدحم الناس فى مضيق فيوجد فيهم قتيل ، فظاهر كلام أحمد ان هذا ليس بلوث فإنه قال فيمن مات بالزحام يوم الجمعة فديته فى بيت المال ، وهذا قول إسحاق ، وروى ذلك عن عمر وعلى ، فإن سعيداً روى فى سننه عن إبراهيم قال : قتل رجل فى زحام الناس بعرفة فجاء أهله الى عمر فقال : بينتكم على من قتله فقال على يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرىء مسلم ان علمت قاتله وإلا فأعطه ديته من بيت المال

قال أحمد فيمن وجد مقتولا فى المسجد الحرام : ينظر من كان بينه وبينه شىء فى حياته ، يعنى عداوة ، يؤخذون فلم يجعل الحضور لوثا وانما جعل اللوث العداوة وقال الحسن والزهرى فيمن مات فى الزحام : ديته على من حضر لأن قتله حصل منهم ؛ وقال مالك دمه هدر لأنه لا يعلم له قاتل ولا وجد لوث فيحكم بالقسامة .

وقد روى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب إليه فى رجل وجد قتيلا لم يعرف قاتله فكتب إليهم : ان من القضايا قضايا لا يحكم فيها إلا فى الدار الآخرة وهذا منها

الرابع : ان يوجد قتيل لا يوجد بقربه إلا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بالدم ولا يوجد غيره ممن يغلب على الظن أنه قتله ، مثل أن يرى رجلا هاربا يحتمل أنه القاتل او سبعا يحتمل ذلك فيه

الخامس : أن يقتتل فئتان فيفترقون عن قتيل من إحداهما فاللوث على الأخرى ذكره القاضى ؛ فإن كانوا بحيث لا تصل سهام بعضهم بعضا فاللوث على طائفة القتيل ، هذا قول الشافعى .

وروى عن أحمد أن عقل القتيل على الذين نازعوهم فيما اذا اقتتلت الفئتان الا أن يدعوا على واحد بعينه ، وهذا قول مالك ، وقال ابن أبى ليلى : على الفريقين جميعا لأنه يحتمل أنه مات من فعل أصحابه فاستوى الجميع فيه

وعن أحمد فى قوم اقتتلوا فقتل بعضهم وجرح بعضهم . فدية المقتولين على المجروحين تسقط منها دية الجراح ، وان كان فيهم من لا جرح فيه فهل عليه من الديات شيء ؟ على وجهين ذكرهما ابن حامد .

السادس . أن يشهد بالقتل عبيد ونساء فهذا فيه عن أحمد روايتان .

إحداهما : أنه لوث لأنه يغلب على الظن صدق المدعى فى دعواه فأشبه العداوة

والثانيه : ليس بلوث لأنها شهادة مردودة فلم تكن لوثا كما لو شهد به كفار، وان شهد به فساق أو صبيان فهل يكون لوثا ؟ على وجهين .

أحدهما : ليس بلوث لأنه لا يتعلق بشهادتهم حكم فلا يثبت اللوث بها كشهادة الاطفال والمجانين .

والثانى : يثبت بها اللوث لأنها شهادة يغلب على الظن صدق المدعى فأشبه شهادة النساء والعبيد وقول الصبيان معتبر فى الاذن فى دخول الدار وقبول الهدية ونحوها ، وهذا مذهب الشافعى ، ويعتبر أن يجيء الصبيان متفرقين لئلا يتطرق اليهم التواطؤ على الكذب فهذه الوجوه قد ذكر عن أحمد أنها لوث لأنها يغلب على الظن صدق المدعى أشبهت العداوة .

وروى أن هذا ليس بلوث ، وهو ظاهر كلامه فى الذى قتل فى الزحام لأن اللوث إنما يثبت بالعداوة بقضية الانصارى القتيل بخيبر ولا يجوز القياس لأن الحكم ثبت بالمظنة ولا يجوز القياس فى المظان لان الحكم إنما يتعدى بتعدى سببه والقياس فى المظان جمع بمجرد الحكمة وغلبة الظنون والحكم والظنون تختلف ولا تأتلف وتنخبط ولا تنضبط وتختلف باختلاف القرائن والاحوال والاشخاص فلا يمكن ربط الحكم بها ولا تعديته بتعديها ولأنه يعتبر فى التعديه والقياس التساوى بين الأصل والفرع فى المقتضى ولا سبيل الى يقين التساوى بين الظنين مع كثرة الاحتمالات وترددها فعلى هذه الروايه : حكم هذه الصور حكم غيرها مما لا لوث فيه .

( فصل ) وان شهد رجلان على رجل أنه قتل أحد هذين القتيلين لم تثبت هذه الشهادة ولم يكن لوثا عند أحد علمائنا ، قوله وان شهد أن هذا القتيل قتله أحد هذين الرجلين أو شهد أحدهما أن هذا قتله وشهد الآخر أنه أقر بقتله أو شهد

أحدهما أن هذا قتله بسيف وشهد الآخر أنه قتله بسكين لم تثبت الشهادة ولم يكن لوثا هذا قول القاضي واختياره والمنصوص عن أحمد فيما إذا شهد أحدهما بقتله والآخر بالاقرار بقتله أنه يثبت القتل .

واختار أبو بكر ثبوت القتل ههنا وفيما إذا شهد أحدهما أنه قتله بسيف وشهد الآخر أنه قتله بسكين لانهما اتفقا على القتل واختلفا في صفته ، وقال الشافعي هو لوث في هذه الصورة في أحد القولين وفي الصورتين اللتين قبلها هو لوث لانها شهادة يغلب على الظن صدق المدعي أشبهت شهادة النساء والعبيد . ولنا أنها شهادة مردودة للاختلاف فيها فلم يكن لوثا كالصورة الاولى .

( فصل ) وليس من شرط اللوث أن يكون بالقتيل أثر ، وبهذا قال مالك والشافعي ؛ وعن أحمد أنه شرط ، وهذا قول حماد وأبي حنيفة والثوري لانه إذا لم يكن به أثر احتمل أنه مات حتف أنفه .

ولنا أن النبي (ص) لم يسأل الانصار هل كان بقتيلهم أثر أو لا ؟ ولان القتل يحصل بما لا اثر له كغم الوجه والخنق وعصر الخصيتين وضربة الفؤاد فأشبه من به اثر ومن به أثر قد يموت حتف انفه لسقطته او صرعته او يقتل نفسه ، فعلى قول من اعتبر الاثر إن خرج الدم من اذنه فهو لوث لانه لا يكون الا بالخنق له او امر اصيب به ، وان خرج من انفه فهل يكون لوثا ؟ على وجهين .

الفصل الثاني . ان القسامة لا تثبت مالم يتفق الاولياء على الدعوى فان كذب بعضهم بعضاً فقال احدهم قتله هذا ، وقال الآخر لم يقتله هذا او قال بل قتله هذا الآخر لم تثبت القسامة نص عليه أحمد وسواء كان المكذب عدلا او فاسقا ، وذكر عن الشافعي ان القسامه لا تبطل بتكذيب الفاسق لان قوله غير مقبول :

ولنا انه مقر على نفسه بتبرئة من ادعى عليه اخوه فقبل كما لو ادعى دينا لهما وإنما لا يقبل قوله على غيره ، فأما على نفسه فهو كالعدل لأنه لا يتهم في حقها ، فاما ان لم يكذبه ولم يوافقه في الدعوى مثل ان قال احدهما قتله هذا ، وقال الآخر لا نعلم قاتله فظاهر كلام الخرقي ان القسامه لا تثبت لاشتراطه ادعاء الأولياء على واحد ، وهذا قول مالك .

وكذلك إن كان أحد الوليين غائبا فادعى الحاضر دون الغائب أو ادعيا جميعا على واحد ونكل أحدهما عن الأيمان لم يثبت القتل فى قياس قول الخرقى ومقتضى قول أبى بكر والقاضى ثبوت القسامة ، وكذلك مذهب الشافعى لان أحدهما لم يكذب الآخر فلم تبطل القسامة كما لو كان أحد الوارثين إمرأة أو صغيراً فعلى قولهم يحلف المدعى خمسين يمينا ويستحق نصف الدية لأن الأيمان ههنا بمنزلة البينة ولا يثبت شيء من الحق إلا بعد كمال البينة فأشبه ما لو ادعى أحدهما دينا لأبيهما فإنه لا يستحق نصيبه من الدين إلا أن يقيم بينة كاملة ، وذكر أبو الخطاب فيما إذا كان أحدهما غائبا أن الأول فيه وجهان .

أحدهما : أنه يحلف خمسا وعشرين يمينا وهذا قول ابن حامد لان الايمان مقسومة عليه وعلى أخيه بدليل ما لو كانا حاضرين متفقين فى الدعوى ولا يحلف الإنسان عن غيره فلا يلزمه أكثر من حصته فإذا حضر الغائب أقسم خمسا وعشرين يمينا وجها واحداً لانه يبنى على أيمان أخيه .

وذكر أبو بكر والقاضى فى نظير هذه المسألة أن الاول يحلف خمسين يمينا وهل يحلف الثانى خمسين أو خمسا وعشرين ؟ على وجهين . أحدهما : يقول يحلف خمسين لان أخاه لم يستحق إلا بخمسين فكذلك هو .

ولنا أنهما لم يتفقا فى الدعوى فلم تثبت القسامة كما لو كذبه ولان الحق فى محل الوفاق انما يثبت بأيمانهما التى أقيمت مقام البينة ولا يجوز أن يقوم أحدهما مقام الآخر فى الايمان كما فى سائر الدعاوى فعلى هذا ان قدم الغائب فوافق أخاه أو عاد من لم يعلم فقال قد عرفته هو الذى عينه أخى أقسما حينئذ .

وان قال أحدهما قتله هذا ، وقال الآخر قتله هذا وفلان ، فعلى قول الخرقى لا تثبت القسامة لأنها لا تكون الا على واحد وعلى قول غيره يحلفان على من اتفقا عليه ويستحقان نصف الديه ولا يجب القود لأنه انما يجب فى الدعوى على واحد ويحلفان جميعا على هذا الذى اتفقا عليه على حسب دعواهما ويستحقان نصف الدية ولا يجب أكثر من نصف الدية لأن أحدهما يكذب الاخر فى النصف الاخر فبقى اللوث فى حقه فى نصف الدم الذى اتفقا عليه ولم يثبت

فى النصف الذى كذبه أخوه فيه ولا يحلف الاخر على الاخر لان أخاه كذبه فى دعواه عليه .

وان قال أحدهما قتل أبى زيد وآخر لا أعرفه ، وقال الاخر قتله عمرو وآخر لا أعرفه لم تثبت القسامة فى ظاهر قول الخرقى لأنها لا تكون الا على واحد ولانهما ما اتفقا فى الدعوى على واحد ولا يمكن أن يحلفا على من لم يتفقا فى الدعوى عليه والحق إنما ثبت فى محل الوفاق بأيمان الجميع فكيف يثبت فى الفرع بأيمان البعض ؟ وقال أبو بكر والقاضى تثبت القسامة ، وهذا مذهب الشافعى لأنه ليس ههنا تكذيب فإنه يجوز أن يكون الذى جهله كل واحد منهما هو الذى عرفه أخوه فيحلف كل واحد منهما على الذى عينه خمسين يمينا ويستحق ربع الدية فإن عاد كل واحد منهما فقال قد عرفت الذى جهلته وهو الذى عينه أخى حلف أيضاً على الذى حلف عليه أخوه وأخذ منه ربع الدية ويحلف خمسا وعشرين يمينا لأنه يبنى على أيمان أخيه فلم يلزمه أكثر من خمس وعشرين كما لو عرفه ابتداء، وفيه وجه آخر أنه يحلف خمسين يمينا لأن أخاه حلف خمسين يمينا وللشافعى فى هذا قولان كالوجهين ويجىء فى المسألة وجه آخر وهو أن الأول لا يحلف أكثر من خمسة وعشرين يمينا لانه إنما يحلف على ما يستحقه والذى يستحقه النصف فيكون عليه نصف الأيمان كما لو حلف أخوه معه ، وان قال كل واحد منهما الذى كنت جهلته غير الذى عينه أخى بطلت القسامة التى أقسماها لان التكذيب يقدح فى اللوث فيرد كل واحد منهما ما أخذ من الدية . وان كذب أحدهما أخاه ولم يكذبه الاخر بطلت قسامة المكذب دون الذى لم يكذب .

( فصل ) وان قال الولى بعد القسامة غلطت ماهذا الذى قتله أو ظلمته بدعواى القتل عليه أو قال كان هذا المدعى عليه فى بلد آخر يوم قتل وليى وكان بينهما بعد لا يمكن أن يقتله إذا كان فيه بطلت القسامة ولزمه رد ما أخذه لأنه مقر على نفسه فقبل إقراره ، وان قال ما أخذته حرام سئل عن ذلك ، فإن قال أردت أنى كذبت فى دعواى عليه بطلت قسامته أيضا .

وان قال أردت ان الأيمان تكون فى جنبة المدعى عليه كمذهب ابى حنيفة لم تبطل

القسامة لانها ثبتت باجتهاد الحاكم فيقدم على اعتقاده وان قال هذا مغصوب وأقر بمن غصب منه لزمه رده عليه ولا يقبل قوله على من أخذه منه لان الانسان لا يقبل اقراره على غيره وان لم يقر به لأحد لم ترفع يده عنه لانه لم يتعين مستحقه ، وان اختلفا فى مراده بقوله فالقول قوله لانه اعرف بقصده

(فصل) وان أقام المدعى عليه بينة انه كان يوم القتل فى بلد بعيد من بلد المقتول لا يمكن مجيئه منه اليه فى يوم واحد بطلت الدعوى ، وان قالت البينة نشهد ان فلانا لم يقتله لم تسمع هذه الشهادة لانه نفى مجرد فإن قالا ما قتله فلان بل قتله فلان سمعت لانها شهدت باثبات تضمن النفى فسمعت كما لو قالت ما قتله فلان لانه كان يوم القتل فى بلد بعيد

(فصل) فإن جاء رجل فقال ما قتله هذا المدعى عليه بل أنا قتلته فكذبه الولى لم تبطل دعواه وله القسامه ولا يلزمه رد الديه ان كان أخذها لانه قول واحد ولا يلزم المقر شيء لانه أقر لمن يكذبه وان صدقه الولى أو طالبه بموجب القتل لزمه رد ما اخذه وبطلت دعواه على الاول لان ذلك جرى مجرى الاقرار ببطلان الدعوى وهل له مطالبة المقر ؟ فيه وجهان

أحدهما : له مطالبته لانه أقر له بحق فملك مطالبته به كسائر الحقوق .

والثانى : ليس له مطالبته لأن دعواه على الأول انفراده بالقتل إبراء لغيره فلا يملك مطالبة من أبراه ، والمنصوص عن أحمد رحمه الله أنه يسقط القود عنهما وله مطالبة الثانى بالدية فانه قال فى رجل شهد عليه شاهدان بالقتل فأخذ ليقتاد منه فجاء رجل فقال ما قتله هذا أنا قتلته فالقود يسقط عنهما والدية على الثانى . ووجه ذلك ما روى أن رجلا ذبح رجلا فى خربة وتركه وهرب وكان قصاب قد ذبح شاة وأراد ذبح أخرى فهربت منه الى الخربة فتبعها حتى وقف على القتيل والسكين بيده ملطخة بالدم فأخذ على تلك الحال وجيء به الى عمر رضى الله عنه فأمر بقتله فقال القاتل فى نفسه يا ويله قتلت نفسا ويقتل بسببى آخر فقام فقال أنا قتلته ولم يقتله هذا فقال عمر إن كان قد قتل نفسا فقد أحيا نفسا ، ودرأ عنه القصاص ، ولأن الدعوى على الأول شبهة فى درء القصاص عن الثانى وتجب الدية عليه لإقراره بالقتل الموجب لها وهذا القول أصح وأعدل مع شهادة الأثر بصحته

الفصل الثالث : أن الأولياء اذا ادعوا القتل على من بينه وبين القتيل لوث شرعت اليمين فى حق المدعين أولا فيحلفون خمسين يمينا على المدعى عليه إن قتله وثبت حقهم قبله ، فإن لم يحلفوا استحلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرىء ، وبهذا قال يحي بن سعيد وربيعة وأبو الزناد ومالك والشافعى .

وقال الحسن : يستحلف المدعى عليهم أولا خمسين يمينا ويبرءون ، وإن أبوا أن يحلفوا استحلف خمسون من المدعين أن حقنا قبلكم ثم يعطون الدية لقول النبى صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم ، وفى لفظ « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » رواه الشافعى فى مسنده ، وروى أبو داود بإسناده عن سليمان بن يسار عن رجال من الأنصار أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لليهود وبدأ بهم « يحلف منكم خمسون رجلا » فأبوا فقال للأنصار « استحقوا » قالوا نحلف على الغيب يارسول الله ، فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم على اليهود لأنه وجد بين أظهرهم ، ولأنها يمين فى دعوى فوجبت فى جانب المدعى عليه ابتداء كسائر الدعاوى .

وقال الشعبي والنخعى والثورى وأصحاب الرأى : يستحلف خمسون رجلا من أهل المحلة التى وجد فيها القتيل بالله ما قتلناه ولا علمنا قاتلا ، ويغرمون الدية لقضاء عمر بذلك ولم نعرف له فى الصحابة مخالفا فكان إجماعا . وتكلموا فى حديث سهل بما روى أبو داود عن محمد بن ابراهيم بن الحارث التيمى عن عبدالرحمن ونجيد بن قبطى أحد بنى حارثة .

قال محمد بن ابراهيم : وايم الله ما كان سهل بأعلم منه ، ولكنه كان أسن منه ، قال : والله ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم احلفوا على مالا علم لكم به ، ولكنه كتب الى يهود حين كلمته الأنصار « انه وجد بين أبياتكم قتيل فدوه » فكتبوا يحلفون بالله ما قتلوه ولا يعلمون له قاتلا ، فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده .

ولنا حديث سهل وهو صحيح متفق عليه ، ورواه مالك فى موطئه وعمل به وما عارضه من الحديث لا يصح لوجوه : أحدها أنه نفى فلا يرد به قول المثبت ، والثانى أن سهلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم شاهد القصة وعرفها

حتى أنه قال. ركضتنى ناقة من تلك الإبل ، والآخر يقول برأيه وظنه من غير أن يرويه عن أحد ولا حضر القصة ، والثالث أن حديثنا مخرج فى الصحيحين متفق عليه وحديثهم بخلافه :

الرابع : انهم لا يعملون بحديثهم ولا حديثنا فكيف يحتجون بما هو حجة عليهم فيما خالفوه فيه ؟ وحديث سليمان بن يسار عن رجال من الأنصار، ولم يذكر لهم صحبة فهو أدنى لهم من حديث محمد بن ابراهيم وقد خالف الحديثين جميعا فكيف يجوز أن يعتمد عليه ؟

وحديث « اليمين على المدعى عليه » لم ترد به هذه القصة لأنه يدل على أن الناس لا يعطون بدعواهم ، وهنا قد أعطوا بدعواهم ، على أن حديثنا أخص منه فيجب تقديمه ، ثم هو حجة عليهم لكون المدعين أعطوا بمجرد دعواهم من غير بينة ولا يمين منهم ، وقد رواه ابن عبد البر بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ( ص ) قال « البينة على المدعى واليمين على من أنكر إلا فى القسامة » وهذه الزيادة يتعين العمل بها لأن الزيادة من الثقة مقبولة ، ولأنها أيمان مكررة فيبدأ فيها بأيمان المدعين كاللعان .

إذا ثبت هذا فإن أيمان القسامة خمسون مرددة على ما جاءت به الاحاديث الصحيحة وأجمع عليه أهل العلم لا نعلم أحداً خالف فيه .

الفصل الرابع : أن الاولياء إذا حلفوا استحقوا القود إذا كانت الدعوى عمداً إلا أن يمنع منه مانع ، روى ذلك عن ابن الزبير وعن عمر بن عبد العزيز ، وبه قال مالك وأبو ثور وابن المنذر .

وعن معاوية وابن عباس والحسن وإسحاق : لا تجب بها الدية لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إما أن تدوا صاحبكم وإما أن تؤذنوا بحرب من الله » ولان أيمان المدعين انما هى بغلبة الظن وحكم الظاهر فلا يجوز اشاطة الدم بها لقيام الشبهة المتمكنة منها ، ولانها حجة لا يثبت بها النكاح ولا يجب بها القصاص كالشاهد واليمين ، وللشافعى قولان كالمذهبين .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع اليكم برمته » وفى رواية مسلم « فيسلم اليكم » وفى لفظ « وتستحقون دم

صاحبكم ، فأراد دم القاتل لان دم القتيل ثابت لهم قبل اليمين والرمة الحبل الذى يربط به من عليه القود ، ولانها حجة يثبت بها العمد فيجب بها القود كالبينة ، وقد روى الاثرم بإسناده عن عامر الاحول أن النبي (ص) أقاد بالقسامة الطائفة وهذا نص ، ولان الشارع جعل القول قول المدعى مع يمينه احتياطا للدم ، فإن لم يجب القود سقط هذا المعنى .

« مسألة » قال ( فإن لم يحلف المدّعون حلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرىء )

هذا ظاهر المذهب وبه قال يحيى بن سعيد الانصارى وربيعة وأبو الزناد ومالك والليث والشافعى وأبو ثور ، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنهم يحلفون ويغرمون الدية لقضية عمر وخبر سليمان بن يسار وهو قول أصحاب الرأى ولنا قول النبى عليه السلام « فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم » أى يتبرءون منكم ، وفى لفظ قال « فيحلفون خمسين يمينا ويبرءون من دمه » وقد ثبت أن النبى (ص) لم يغرم اليهود وأنه أداها من عنده ، ولأنها أيمان مشروعة فى حق المدعى عليه فيبرأ بها كسائر الايمان ولان ذلك اعطاء بمجرد الدعوى فلم يجز للخبر ومخالفة مقتضى الدليل ، فإن قول الانسان لا يقبل على غيره بمجرده كدعوى المال وسائر الحقوق ، ولان فى ذلك جمعا بين اليمين والغرم فلم يشرع كسائر الحقوق .

« مسأله » قال : فإن لم يحلف المدعون ولم يرضوا بيمين المدعى عليه فداه الامام من بيت المال )

يعنى أدى ديته لقضية عبدالله بن سهل حين قتل بخيبر فأبى الانصار أن يحلفوا وقالوا كيف نقبل أيمان قوم كفار ؟ فوداه النبى صلى الله عليه وسلم من عنده كراهية أن يطل دمه ، فإن تعذر فداؤه من بيت المال لم يجب على المدعى عليهم شيء لأن الذى يوجبه عليهم اليمين وقد امتنع مستحقوها من استيفائها فلم يجب لهم غيرها كدعوى المال .

## ﴿ فصـــل ﴾

وإن امتنع المدعى عليهم من اليمين لم يحبسوا حتى يحلفوا، وعن أحمد رواية أخرى أنهم يحبسون حتى يحلفوا، وهو قول أبي حنيفة .

ولنا أنها يمين مشروعة في حق المدعى عليه فلم يحبس عليها كسائر الأيمان، إذا ثبت هذا فإنه لا يجب القصاص بالنكول لأنه حجة ضعيفة فلا يشاط بها الدم كالشاهد واليمين . قال القاضي ويديه الامام من بيت المال . نص عليه أحمد، وروى عنه حرب بن اسماعيل أن الدية تجب عليهم، وهذا هو الصحيح، وهو اختيار أبي بكر لأنه حكم ثبت بالنكول فيثبت في حقهم ههنا كسائر الدعاوى، ولأن وجوبها في بيت المال يفضي الى إهدار الدم وإسقاط حق المدعين مع إمكان جبره فلم يجز كسائر الدعاوى ولأنها يمين توجهت في دعوى أمكن إيجاب المال بها فلم تخل من وجوب شيء على المدعى عليه كما في سائر الدعاوى؛ وههنا لو لم يجب على المدعى عليه مال بنكوله ولم يجبر على اليمين لخلا من وجوب شيء عليه بالكلية، وقال أصحاب الشافعي: اذا نكل المدعى عليهم ردت الأيمان على المدعين ان قلنا موجبها المـال . فإن حلفوا استحقوا وان نكلوا فلا شيء لهم . وان قلنا موجبها القصاص فهل ترد على المدعين؟ فيه قولان، وهذا القول لا يصلح لأن اليمين انما شرعت في حق المدعى عليه اذا نكل عنها المدعى فلا ترد عليه كما لا ترد على المدعى عليه اذا نكل المدعى عنها بعد ردها عليه في سـائر الدعاوى ولأنها يمين مردودة على أحد المتداعيين فلا ترد على من ردها كدعوى المـال .

« مسـألة » قال ( واذا شهدت البينة العادلة أن المجروح قال دمي عند فلان فليس ذلك بموجب للقسامة ما لم يكن لوث )

هذا قول أكثر أهل العلم، منهم الثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي، وقال مالك والليث: هو لوث لان قتيل بني اسرائيل قال قتلني فلان فكان حجة، وروى هذا القول عن عبد الملك بن مروان .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم » ولانه يدعي حقاً لنفسه فلم يقبل قوله كما لو لم يمت ولانه خصم

فلم تكن دعواه لوثا كالولى ، فأما قتيل بنى إسرائيل فلا حجة فيه فإنه لا قسامة فيه ولأن ذلك كان من آيات الله ومعجزات نبيه موسى عليه السلام حيث أحياه الله تعالى بعد موته وأنطقه بقدرته بما اختلفوا فيه ، ولم يكن الله لينطقه بالكذب بخلاف الحى ولا سبيل إلى مثل هذا اليوم ثم ذاك فى تنزيه المتهمين فلا يجوز تعديتها إلى تهمة البريئين .

« مسأله » قال ( والنساء والصبيان لا يقسمون )

يعنى اذا كان المستحق نساء وصبيانا لم يقسموا : أما الصبيان فلا خلاف بين أهل العلم أنهم لا يقسمون، سواء كانوا من الاولياء أو مدعى عليهم، لأن الأيمان حجة للحالف والصبى لا يثبت بقوله حجة، ولو أقر على نفسه لم يقبل فلأن لا يقبل قوله فى حق غيره أولى . وأما النساء فإذا كن من أهل القتيل لم يستحلفن ، وبهذا قال ربيعة والثورى والليث والاوزاعى

وقال مالك : لهن مدخل فى قسامة الخطأ دون العمد ؟ قال ابن القاسم : ولا يقسم فى العمد إلا اثنان فصاعداً كما أنه لا يقتل الا بشاهدين، وقال الشافعى : يقسم كل وارث بالغ لانها يمين فى دعوى فتشرع فى حق النساء كسائر الايمان

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « يقسم خمسون رجلا منكم وتستحقون دم صاحبكم » ولانها حجة يثبت بها قتل العمد فلا تسمع من النساء كالشهادة ، ولأن الجناية المدعاة التى تجب القسامة عليها هى القتل ولا مدخل للنساء فى اثباته ، وإنما يثبت المال ضمنا ، فجرى ذلك مجرى رجل ادعى زوجية امرأة بعد موتها ليرثها ، فان ذلك لا يثبت بشاهد ويمين ، ولا بشهادة رجل وامرأتين وان كان مقصودها المال ، فأما ان كانت المرأة مدعى عليها القتل ، فان قلنا انه يقسم من العصبة رجال لم تقسم المرأة أيضا ، لان ذلك مختص بالرجال ؛ وان قلنا يقسم المدعى عليه فينبغى أن تستحلف لانها لا تثبت بقولها حقا ولا قتلا، وانما هى لتبرئتها منه فتشرع فى حقها اليمين كما لو لم يكن لوث. فعلى هذا اذا كان فى الاولياء نساء ورجال أقسم الرجال وسقط حكم النساء ، وان كان فيهم صبيان ورجال بالغون أو كان فيهم حاضرون وغائبون فقدذكرنا من قبل أن القسامة لا تثبت حتى يحضر الغائب

فكذا لا تثبت حتى يبلغ الصبي ، لأن الحق لا يثبت إلا ببينته الكاملة ، والبينة أيمان الاولياء كلهم ، والأيمان لاتدخلها النيابة ، ولأن الحق ان كان قصاصا فلا يمكن تبعيضه . فلا فائدة فى قسامة الحاضر البالغ ، وان كان غيره فلا تثبت الا بواسطة ثبوت القتل وهو لا يتبعض أيضا

وقال القاضي : ان كان القتل عمداً لم يقسم الكبير حتى يبلغ الصغير . ولا الحاضر حتى يقدم الغائب، لأن حلف الكبير الحاضر لايفيد شيئا فى الحال . وان كان موجبا للمال كالخطأ وعمد الخطأ فللحاضر المكلف أن يحلف ويستحق قسطه من الدية ، وهذا قول أبي بكر وابن حامد ومذهب الشافعي، واختلفوا فى كم يقسم الحاضر ؟ فقال ابن حامد : يقسم بقسطه من الايمان فان كان الأولياء اثنين أقسم الحاضر خمسا وعشرين يمينا وان كانوا ثلاثة أقسم سبع عشرة يمينا ، وان كانوا أربعة أقسم ثلاثة عشر يمينا وكلما قدم غائب أقسم بقدر ما عليه واستوفى حقه . لانه لو كان الجميع حاضرين لم يلزمه أكثر من قسطه ، وكذلك اذا غاب بعضهم كما فى سائر الحقوق ، ولانه لا يستحق أكثر من قسطه من الدية فلا يلزمه أكثر من قسطه من الايمان

وقال أبو بكر . يحلف الاول خمسين يمينا ، وهذا قول الشافعي ، ولان الحكم لا يثبت الا بالبينة الكامله ، والبينه هى الايمان كلها ، ولذلك لو ادعى أحدهما دينا لابيهما لم يستحق نصيبه منه الا بالبينه المثبتة لجميعه ، ولان الخمسين فى القسامة كاليمين الواحدة فى سائر الحقوق ، ولو ادعى مالا له فيه شركة له به شاهد لحلف يمينا كاملة كذلك هذا فاذا قدم الثانى أقسم خمسا وعشرين يمينا وجها واحداً عند أبي بكر ، لانه يبنى على أيمان أخيه المتقدمة

وقال الشافعي : فيه قول آخر أنه يقسم خمسين يمينا أيضا لان أخاه انما استحق بخمسين فكذلك هو . فاذا قدم ثالث وبلغ فعلى قول أبي بكر يقسم سبع عشرة يمينا لانه يبنى على أيمان أخويه ، وعلى قول الشافعي فيه قولان

أحدهما : أنه يقسم سبع عشرة يمينا . والثانى : خمسين يمينا ، وان قدم رابع كان على هذا المثال والله أعلم

(فصل) والخنثى المشكل يحتمل أن يقسم لان سبب القسامة وجد فى حقه

وهو كونه مستحقا للدم ولم يتحقق المانع من يمينه ، ويحتمل أن لاقسامه عليه لانه لا يعقل من العقل ولا يثبت القتل بشهادته أشبه المرأة .

« مسألة » قال ( وإذا خلف المقتول ثلاثه بنين جبر الكسر عليهم لحلف كل واحد منهم سبع عشرة يمينا )

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن تجب عليه أيمان القسامة فروى أنه يحلف من العصبه الوارث منهم وغير الوارث خمسون رجلا كل واحد منهم يمينا واحدة وهذا قول لمالك فعلى هذا يحلف الوارث منهم الذين يستحقون دمه فإن لم يبلغوا خمسين تمموا من سائر العصبة يؤخذ الاقرب منهم فالاقرب من قبيلته التى ينتسب اليها ويعرف كيفية نسبه من المقتول .

فأما من عرف أنه من القبيله ولم يعرف وجه النسب لم يقسم ، مثل أن يكون الرجل قرشيا والمقتول قرشي ولا يعرف كيفية نسبه منه فلا يقسم : لاننا نعلم أن الناس كلهم من آدم ونوح وكلهم يرجعون الى أب واحد ولو قتل من لا يعرف نسبه لم يقسم عنه سائر الناس ، فإن لم يوجد من نسبه خمسون رددت الايمان عليهم وقسمت بينهم ، فإن انكسرت عليهم جبر كسرها عليهم حتى تبلغ خمسين لقول النبي صلى الله عليه وسلم للأنصار « يحلف خمسون رجلا منكم وتستحقون دم صاحبكم » وقد علم النبي صلى الله عليه وسلم أنه لم يكن لعبد الله بن سهل خمسون رجلا وارثا فإنه لا يرثه الا أخوه أو من هو فى درجته أو أقرب منه نسبا ولانه خاطب بهذا بنى عمه وهم غير وارثين .

والرواية الثانية : لا يقسم إلا الوراث وتعرض الأيمان على ورثة المقتول دون غيرهم على حسب مواريثهم ، هذا ظاهر قول الخرقى ، واختيار ابن حامد ، وقول الشافعى لأنها يمين فى دعوى حق فلا تشرع فى حق غير المتداعيين كسائر الأيمان ، فعلى هذه الرواية تقسم بين الورثة من الرجال من ذوى الفروض والعصبات على قدر إرثهم ، فإن انقسمت من غير كسر مثل ان يخلف المقتول اثنين أو أخا وزوجا حلف كل واحد منهم خمسا وعشرين يمينا .

وان كانوا ثلاثة بنين وجداً أو أخوين جبر الكسر عليهم لحلف كل واحد

منهم سبع عشرة يمينا ، لان تكميل الخمسين واجب ، ولا يمكن تبعيض اليمين ولا حمل بعضهم لها عن بعض ، فوجب تكميل اليمين المنكسرة فى حق كل واحد منهم وان خلف أخا من أب وأخا من أم فعلى الاخ من الام سدس الايمان ثم يجبر الكسر فيكون عليه تسع أيمان وعلى الاخ من الاب اثنتان وأربعون وهذا احد قولى الشافعى .

وقال فى الاخر . يحلف كل واحد من المدعين خمسين يمينا سواء تساووا فى الميراث أواختلفوا فيه ، لان ما حلفه الواحد اذاانفرد حلفه كل واحد من الجماعة كاليمين الواحدة فى سائر الدعاوى ، وعن مالك انه قال ينظر الى من عليه أكثر اليمين فيجبر عليه ويسقط عن الاخر .

ولنا على أن الخمسين تقسم بينهم قول النبى صلى الله عليه وسلم للأنصار « تحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم » .

وأكثر ماروى عنه فى الايمان خمسون ولو حلف كل واحد خمسين لكانت مائة ومائتين وهذا خلاف النص ولانها حجة للمدعين فلم تزد على ما يشرع فى حق الواحد كالبينة ويفارق اليمين على المدعى عليه فإنها ليست حجة للمدعى ولأنها لم يمكن قسمتها فكملت فى حق واحد كاليمين المنكسرة فى القسامة فانها تجبر وتكمل فى حق كل واحد لكونها لا تتبعض ومالا يتبعض يكمل كالطلاق والعتاق وما ذكره مالك لا يصح لانه اسقاط لليمين عمن عليه بعضها فلم يجز كما لو تساوى الكسران بأن يكون على كل واحد من الاثنين نصفها او على كل واحد من الثلاثة ثلثها وبالقياس على من عليه اكثرها ولان اليمين فى سائر الدعاوى تكمل فى حق كل واحد ويستوى من له فى المدعى كثير وقليل كذا ههنا ولأنه يفضى الى ان يتحمل اليمين غير من وجبت عليه عمن وجبت عليه فلم يجز ذلك كاليمين الكاملة وكالجزء الاكثر

( فصل ) فإن كان فيهم من لا قسامة عليه بحال وهو النساء سقط حكمه ، فاذا كان ابن وبنت حلف الابن الخمسين كلها ، وان كان اخ واخت لأم واخ واخت لاب قسمت الايمان بين الأخوين على احد عشر على الأخ من الام ثلاثة وعلى الآخر ثمانية ثم يجبر الكسر عليهما فيحلف الأخ من الاب سبعا وثلاثين يمينا والاخ من الام أربع عشرة يمينا .

( فصل ) فإن مات المستحق انتقل الى وارثه ما عليه من الأيمان وكانت الأيمان بينهم على حسب مواريثهم ويجبر الكسر فيها عليهم كما ينجبر فى حق ورثة القتيل ، وان مات بعضهم قسم نصيبه من الأيمان بين ورثته ، فلو كان للقتيل ثلاثة بنين كان على كل واحد سبع عشرة يمينا ، فإن مات بعضهم قبل أن يقسم وخلف ثلاثة بنين قسمت أيمانه بينهم فكان على كل واحد منهم ستة أيمان . وان خلف ابنين حلف كل واحد تسعة أيمان .

وإنما قلنا هذا لأن الوارث يقوم مقام الموروث فى إثبات حججه ، كما يقوم مقامه فى استحقاق ماله وهذا من حججه ، ولذلك يملك إقامة البينة والحلف فى الإنكار ومع الشاهد الواحد فى دعوى المال .

وان كان موته بعد شروعه فى الأيمان فحلف بعضها فإن ورثته يستأنفون الايمان ولا يبنون على أيمانه ، لان الخمسين جرت مجرى اليمين الواحدة ، ولأنه لا يجوز أن يستحق أحد بيمين غيره ، ولا يبطل هذا بما إذا حلف جميع الأيمان ثم مات لأنه يستحق المال إرثا عنه لا بيمينه : ولأنه إذا حلف الوارثان كل واحد خمسا وعشرين يمينا فإن الدية تستحق بيمينهما ، لأنهما يشتركان فى الأيمان ، ويستحق كل واحد بقدر أيمانه ، ولا يستحق بيمين غيره ، وان كان اجتماع العدد شرطا فى استحقاقها .

فصــــل

ولو حلف بعض الأيمان ثم جن ثم أفاق فانه يتمم ولا يلزمه الاستئناف لان أيمانه وقعت موقعها ، ويفارق الموت لان الموت يتعذر معه إتمام الأيمان منه ، وغيره لا يبنى على يمينه ، وههنا يمكنه أن يتمها إذا أفاق ، ولا تبطل بالتفريق بدليل أن الحاكم إذا حلفه بعض الايمان ثم تشاغل عنه لم تبطل ويتمها ومالا يبطله التفريق لا يبطله تخلل الجنون له كالسعى بين الصفا والمروة ، وان حلف بعض الأيمان ثم عزل الحاكم وولى غيره أتمها عند الثانى ولم يلزمه استئنافها لان الايمان وقعت موقعها ، وكذلك لو حلف بعضها ثم سأل الحاكم إنظاره فأنظره بنى على مامضى ولم يلزمه الإستئناف لما ذكرنا .

( فصل ) إذا ردت الأيمان على المدعى عليهم وكان عمداً لم تجز على أكثر

من واحد فيحلف خمسين يمينا ، وان كانت عن غير عمد كالخطأ وشبه العمد فظاهر كلام الخرقى أنه لا قسامة فى هذا لان القسامة من شرطها اللوث، والعداوة إنما أثرها فى تعمد القتل لا فى خطئه فإن احتمال الخطأ فى العمد وغيره سواء .

وقال غيره من أصحابنا فيه قسامة ، وهو قول الشافعى لان اللوث لا يختص العداوة عندهم فعلى هذا تجوز الدعوى على جماعه فإذا ادعى على جماعة لزم كل واحد منهم خمسون يمينا .

وقال بعض أصحابنا : تقسم الايمان بينهم بالحصص كقسمها بين المدعين الا أنها ههنا تقسم بالسوية لان المدعى عليهم متساوون فيها فهم كبنى الميت وللشافعى قولان كالوجهين والحجة لهذا القول : قول النبى صلى الله عليه وسلم « تبرئكم يهود بخمسين يمينا » .

وفى لفظ قال « فيحلفون لكم خمسين يمينا ويبرءون من دمه » ولانهم أحد المتداعيين فى القسامة فتقسط الايمان على عددهم كالمدعين .

وقال مالك . يحلف من المدعى عليهم خمسون رجلان خمسين يمينا وإن لم يبلغوا خمسين رجلا رددت على من حلف منهم حتى تكمل خمسين يمينا فان لم يوجد أحد يحلف إلا الذى ادعى عليه حلف وحده خمسين يمينا لقول النبى صلى الله عليه وسلم « فتبرئكم يهود بخمسين يمينا » .

ولنا أن هذه أيمان يبرىء بها كل واحد نفسه من القتل فكان على كل واحد خمسون كما لو ادعى على كل واحد وحده قتيل ولانه لا يبرىء المدعى عليه حال الاشتراك الا مايبرئه حال الانفراد ولان كل واحد منهم يحلف على غير ماحلف عليه صاحبه بخلاف المدعين فان أيمانهم على شيء واحد فلا يلزم من تلفيقها تلفيق ما يختلف مدلوله أو مقصوده .

« مسألة » قال ( وسواء كان المقتول مسلما أو كافرا حرا أو عبدا اذا كان المقتول يقتل به المدعى عليه اذا ثبت عليه القتل لان القسامه توجب القود الا أن يحب الاولياء أخذ الدية )

أما اذا كان المقتول مسلما حرا فليس فيه اختلاف سواء كان المدعى عليه

مسلما أو كافراً فإن الاصل فى القسامة قصة عبد الله بن سهل حين قتل بخيبر فاتهم اليهود بقتله فأمر النبي (ص) بالقسامة ، وأما ان كان المقتول كافراً أو عبداً وكان قاتله ممن يجب عليه القصاص بقتله وهو المماثل له فى حاله ففيه القسامة ، وهذا قول الشافعى وأصحاب الرأى ، وقال الزهرى والثورى ومالك والاوزاعى لاقسامة فى العبد فإنه مال فلم تجب القسامة فيه كقتل البهيمة .

ولنا أنه قتل موجب للقصاص فأوجب القسامة كقتل الحر وفارق البهيمة فإنها لا قصاص فيها ويقسم على العبد سيده لأنه المستحق لدمه وأم الولد والمدبر والمكاتب والمعلق عتقه بصفة كالقن لأن الرق ثابت فيهم وان كان القاتل ممن لا قصاص عليه كالمسلم يقتل كافرا والحر يقتل عبدا فلا قسامة فيه فى ظاهر قول الخرقى ، وهو قول مالك لأن القسامة انما تكون فيما يوجب القود .

وقال القاضى فيهما القسامة ، وهو قول الشافعى وأصحاب الرأى لانه قتل آدمى يوجب الكفارة فشرعت القسامه فيه كقتل الحر المسلم ، ولأن ما كان حجة فى قتل الحر المسلم كان حجة فى قتل العبد الكافر كالبينة .

ولنا أنه قتل لا يوجب القصاص فأشبه قتل البهيمة ولا يلزم من شرعها فيما يوجب القصاص شرعها مع عدمه بدليل أن العبد إذا اتهم بقتل سيده شرعت القسامة إذا كان القتل موجبا للقصاص . ذكره القاضى لانه لا يجوز قتله قبل ذلك ولو لم يكن موجبا للقصاص لم تشرع القسامة .

( فصـــل )

وإن قتل عبد المكاتب فالمكاتب أن يقسم على الجانى لأنه مالك للعبد يملك التصرف فيه وفى بدله وليس لسيده انتزاعه منه وله شراؤه منه ولو اشـــترى المأذون له فى التجارة عبدا فقتل فالقسامه لسيده دونه لان مايبتاعه المأذون يملكه سيده دونه ولهذا يملك انتزاعه منه ، وان عجز المكاتب قبل أن يقسم فلسيده أن يقسم لأنه صار المستحق لبدل المقتول بمنزلة ورثة الحر إذا مات قبل أن يقسم ولو ملك السيد عبده أو أم ولده عبدا فقتل فالقسامه للسيد سواء .

قلنا . يملك العبد بالتمليك أو لا يملك لانه إن لم يملك فالملك لسيده وان ملك

فهو ملك غير ثابت ، ولهذا يملك سيده انتزاعه منه ، ولا يجوز له التصرف بغير إذن سيده بخلاف المكاتب : وإن أوصى لأم ولده يبدل العبد صحت الوصية ، وإن كان لم يجب بعد كما تصح الوصية بثمرة لم تخلق ، والقسامة للورثة لأنهم القائمون مقام الموصى فى إثبات حقوقه ، فإذا حلفوا ثبت لها البدل بالوصية ، وإن لم يحلفوا لم يكن لها أن تحلف كما إذا امتنع الورثة من اليمين مع الشاهد لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه .

( فصل ) والمحجور عليه لسفه أو فلس كغير المحجور عليه فى دعوى القتل والدعوى عليه إلا أنه إذا أقر بمال أو لزمته الديه بالنكول عن اليمين لم يلزمه فى حال حجره ، لأن إقراره بالمال فى الحال غير مقبول بالنسبة إلى أخذ شيء من ماله فى الحال على ما عرف فى موضعه

## فصل

ولو جرح مسلم فارتد ومات على الردة فلا قسامة فيه ، لأن نفسه غير مضمونة وانما يضمن الجرح ، ولا قسامة فيها دون النفس ، ولأن ماله يصير فيئا والفيء ليس له مستحق معين فتثبت القسامة له ، وان مات مسلما فارتد وارثه قبل القسامة فقال أبو بكر : ليس له أن يقسم وان أقسم لم يصح لأن ملكه يزول عن ماله وحقوقه فلا يبقى مستحقا للقسامة ، وهذا قول المزنى ، ولأن المرتد قد أقدم على الشرك الذى لا ذنب أعظم منه فلا يستحق بيمينه دم مسلم ولا يثبت بها قتل . وقال القاضى الأولى أن تعرض عليه القسامة فإن أقسم وجبت الدية . وهذا قول الشافعى ، لان استحقاق المال بالقسامة حق عليه فلا يبطل بردته كاكتساب المال بوجوه الاكتساب ، وكفره لا يمنع يمينه ، فإن الكافر تصح يمينه وتعرض عليه فى الدعاوى ، فإن حلف ثبت القصاص أو الدية ، فإن عاد الى الاسلام كان له ، وان مات كان فيئا ، والصحيح ان شاء ما قال أبو بكر ، لأن مال المرتد اما أن يكون ملكه قد زال عنه واما موقوف ، وحقوق المال حكمها حكمه

فإن قلنا بزوال ملكه فلا حق له ، وان قلنا هو موقوف فهو قبل انكشاف حاله مشكوك فيه فلا يثبت الحكم بشيء مشكوك فيه فكيف ، وقتل المسلم أمر كبير لايثبت مع الشبهات ولا يستوفى مع الشك ؟ وأما ان ارتد قبل موت موروثه

لم يكن وارثا ولا حق له وتكون القسامة لغيره من الوراث ، وان لم يكن للميت وارث سواه فلا قسامة فيه لما ذكرنا ، وان عاد الى الاسلام قبل قسامة غيره فقياس المذهب أنه يدخل فى القسامة لانه متى رجع قبل قسم الميراث قسم له .

وقال القاضى . لا تعود القسامة اليه لانها استحقت على غيره ، وان ارتد رجل فقتل عبده أو قتل ثم ارتد فهل له أن يقسم ؟ على وجهين بناء على الاختلاف المتقدم ، فإن عاد الى الاسلام عادت القسامة ، لانه يستحق بدل العبد .

فصـــل

ولا قسامة فيما دون النفس من الاطراف والجوارح ، ولا أعلم بين أهل العلم فى هذا خلافا، وممن قال لا قسامة فى ذلك مالك وأبو حنيفة والشافعى ، وذلك لان القسامة تثبت فى النفس لحرمتها فاختصت بها دون الاطراف كالكفارة ، ولأنها تثبت حيث كان المجنى عليه لا يمكنه التعبير عن نفسه وتعيين قاتله ، ومن قطع طرفه يمكنه ذلك ، وحكم الدعوى فيه حكم الدعوى فى سائر الحقوق والبينة على المدعى واليمين على من أنكر يمينا واحدة ، ولانها دعوى لا قسامة فيها فلا تغلظ بالعدد كالدعوى فى المال .

« مسأله » قال ( وليس للأولياء أن يقسموا على أكثر من واحد )

لا يختلف المذهب أنه لا يستحق بالقسامة أكثر من قتل واحد ، وبهذا قال الزهرى ومالك وبعض أصحاب الشافعى ، وقال بعضهم يستحق بها قتل الجماعة لانها بينة موجبة للقود فاستوى فيها الواحد والجماعة كالبينة ، وهذانحو قول أبى ثور

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع اليكم برمته » فخص بها الواحد ، ولأنها بينة ضعيفة خولف بها الاصل فى قتل الواحد فيقتصر عليه ويبقى على الاصل فيما عداه وبيان مخالفة الاصل بها أنها تثبت باللوث واللوث شبهة مغلبة على الظن صدق المدعى ، والقود يسقط بالشبهات فكيف يثبت بها ؟ ولان الأيمان فى سائر الدعاوى تثبت ابتداء فى جانب المدعى عليه وهذا بخلافه ، وبيان ضعفها أنها تثبت بقول المدعى ويمينه مع التهمة فى حقه والشك فى صدقه وقيام العداوة المانعة من صحة الشهادة عليه فى اثبات حق لغيره فلأن

يمنع من قبول قوله وحده في اثبات حقه لنفسه أولى وأحرى ، وفارق البينة فإنها قويت بالعدد وعدالة الشهود ، وانتفاء التهمة في حقهم من الجهتين في كونهم لا يثبتون لأنفسهم حقاً ولا نفعا ولا يدفعون عنها ضراً ولا عداوة بينهم وبين المشهود عليه ولهذا يثبت بها سائر الحقوق والحدود التي تنتفي بالشبهات

اذا ثبت هذا فلا قسامة فيما لا قود فيه في قول الخرقي فيطرد قوله في أن القسامه لا تشرع الا في حق واحد ، وعند غيره أن القسامة تجرى فيما لا قود فيه فيجوز أن يقسموا في هذا على جماعة ، وهذا قول مالك والشافعي

فعلى هذا إن ادعى على اثنين على أحدهما لوث حلف على من عليه اللوث خمسين يمينا واستحق نصف الدية عليه وحلف الآخر يمينا واحدة وبرىء، وان نكل عن اليمين فعليه نصف الدية ، وان ادعى على ثلاثة عليهم لوث ولم يحضر الا واحد منهم ، حلف على الحاضر منهم خمسين يمينا واستحق ثلث الديه . فاذا حضر الثاني ففيه وجهان أحدهما : يحلف عليه خمسين يمينا أيضا ويستحق ثلث الديه لان الحق لا يثبت على أحد الرجلين الا بما يثبت على الاخر كالبينه فانه يحتاج الى اقامة البينة الكاملة على الثاني كإقامتها على الاول

والثاني : يحلف عليه خمسا وعشرين يمينا لانهما لو حضرا معا لحلف عليهما خمسين يمينا حصة هذا منها خمس وعشرون ، وهذا الوجه ضعيف ، فان اليمين لا تقسم عليهم اذا حضروا ، ولو حلف على كل واحد منفرد حصته من الايمان لم يصح ولم يثبت له حق وانما الايمان عليهم جميعا وتتناولهم تناولا واحدا، ولانها لو قسمت عليهم بالحصص لوجب أن لا يقسم على الاول أكثر من سبع عشرة يمينا، وكذلك على الثاني، لان هذا القدر هو حصة من الايمان فعلى كلا التقديرين لا وجه لحلفه خمسا وعشرين يمينا ، وان قيل . انما حلف بقدر حصته ، وحصة الثالث فينبغي أن يحلف اربعا وثلاثين ، واذا قدم الثالث ففيه الوجهان

أصحهما : يحلف عليه خمسين يمينا ويستحق ثلث الديه : والاخر : يحلف سبع عشرة يمينا ، وان حضروا جميعا حلف عليهم خمسين يمينا واستحق الديه عليهم أثلاثا وهذا التفريع يدل على اشتراط حضور المدعى عليه وقت الايمان.

وذلك لأنها أقيمت مقام البينة فاشترط حضور من أقيمت عليه كالبينة ، وكذلك ان ردت الايمان على المدعى عليهم اشترط حضور المدعين وقت حلف المدعى عليهم لان الأيمان له عليهم فيعتبر رضاه بها وحضوره الا أن يوكل وكيلا فيقوم حضوره مقام موكله

( فصل ) وان قال المدعى قتله هذا ورجل وآخر لا أعرفه وكان على المعين لوث أقسم عليه خمسين يمينا واستحق نصف الدية، فإن تعين له الاخر حلف عليه واستحق نصف الدية ، وان قال قتله هذا ونفر لا أعلم عددهم لم تجب القسامة لانه لا يعلم كم حصته من الدية

( فصل ) ولا تسمع الدعوى الا محررة بأن يقول : أدعى أن هذا قتل ولي فلان ابن فلان عمداً أو خطأ أو شبه العمد ويصف القتل، فإن كان عمداً قال قصد إليه بسيف أو بما يقتل مثله غالبا ، فان كانت الدعوى على واحد فأقر ثبت القتل وان أنكر وثم بينة حكم بها وإلا صار الأمر الى الايمان ، وان كانت الدعوى على أكثر من واحد لم يخل من أربعة أحوال

أحدها : أن يقول : قتله هذا، وهذا تعمد قتله ويصف العمد بصفته فيقال له : عين واحداً فان القسامة الموجبة للقود لا تكون على أكثر من واحد

الحال الثاني : أن يقول: تعمد هذا وهذا كان خاطئا فهو يدعى قتلا غير موجب للقود فيقسم عليهما ويأخذ نصف الدية من مال العامد ونصفها من عاقلة المخطىء

الحال الثالث . أن يقول : عمد هذا ولا أدرى أكان قتل الثاني عمدا أو خطأ ؟ فقيل : لا تسوغ القسامة ههنا لأنه يحتمل أن يكون الاخر مخطئا فيكون موجبها الدية عليهما ، ويحتمل أن يكون عامدا فلا تسوغ القسامة عليهما ويجب تعيين واحد والقسامة عليه فيكون موجبها القود فلم تجز القسامة مع هذا

فان عاد فقال : علمت أن الاخر كان عامدا فله أن يعين واحدا ويقسم عليه ، وان قال كان مخطئا ثبتت القسامة حينئذ ويسأل فان أنكر ثبتت القسامة وان أقر ثبت عليه القتل ويكون عليه نصف الدية فى ماله لانه ثبت باقراره لا بالقسامة

وقال القاضي : يكون على عاقلته والاول أصح لان العاقلة لاتحمل اعترافا

الحال الرابع : أن يقول قتلاه خطأ أو شبه عمد أو أحدهما خاطىء والاخر شبه

العمد فله أن يقسم عليهما ، فإن ادعى أنه قتل وليه عمداً فسئل عن تفسير العمد ففسره بعمد الخطأ قبل تفسيره وأقسم على ما فسره به لانه أخطأ فى وصف القتل بالعمدية ، ونقل المزنى عن الشافعى : لا يحلف عليه لانه بدعوى العمد برأ العاقلة فلا تسمع دعواه بعد ذلك ما يوجب عليهم المال .

ولنا أن دعواه قد تحررت وإنما غلط فى تسمية شبه العمد عمداً ، وهذا مما يشتبه فلا يؤاخذ به ، ولو أحلفه الحاكم قبل تحرير الدعوى وتبين نوع القتل لم يعتد باليمين لان الدعوى لا تسمع غير محررة فكأنه حلفه قبل الدعوى ، ولانه إنما يحلفه ليوجب له ما يستحقه ، فإذا لم يعلم ما يستحقه بدعواه لم يحصل المقصود باليمين فلم يصح .

( فصل ) قال القاضى : يجوز للأولياء أن يقسموا على القاتل إذا غلب على ظنهم أنه قتله ، وان كانوا غائبين عن مكان القتل لان النبى صلى الله عليه وسلم قال للأنصار « تحلفون وتستحقون دم صاحبكم » وكانوا بالمدينة والقتل بخيبر ، ولان الانسان يحلف على غالب ظنه ، كما أن من اشترى من انسان شيئا فجاء آخر يدعيه جاز أن يحلف أنه لا يستحقه لان الظاهر أنه ملك الذى باعه ، وكذلك اذا وجد شيئا بخطه أو خط أبيه ودفتره جاز له أن يحلف ، وكذلك اذا باع شيئا لم يعلم فيه عيبا فادعى عليه المشترى أنه معيب وأراد رده كان له أن يحلف أنه باعه بريئا من العيب ، ولا ينبغى أن يحلف المدعى الا بعد الاستثبات وغلبة ظن يقارب اليقين : وينبغى للحاكم أن يقول لهم اتقوا الله واستثبتوا ويعظهم ويحذرهم ويقرأ عليهم ( إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا ) ويعرفهم ما فى اليمين الكاذبة وظلم البرىء وقتل النفس بغير الحق ، ويعرفهم أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وهذا كله مذهب الشافعى .

( فصل ) ويستحب أن يستظهر فى ألفاظ اليمين فى القسامة تأكيداً فيقول : والله الذى لا اله الا هو عالم خائنة الاعين وما تخفى الصدور ؛ فإن اقتصر على لفظة والله كفى ويقول والله أو بالله أو تالله بالجر كما تقتضيه العربيه، فإن قاله مضموما أو منصوبا فقد لحن .

قال القاضي : ويجزئه تعمده أو لم يتعمده لأنه لحن لا يحيل المعنى وهو قول الشافعي . وما زاد على هذا تأكيد . ويقول لقد قتل فلان بن فلان الفلاني — ويشير اليه — فلانا ابني أو أخي منفرداً بقتله ما شركه غيره ، وان كانا اثنين قال منفردين ما شركهما غيرهما . ثم يقول عمداً أو خطأ ، وبأي اسم من أسماء الله أو صفه من صفات ذاته حلف — أجزأ إذا كان إطلاقه ينصرف الى الله تعالى ، ويقول المدعى عليه في اليمين : الله ما قتلته ولا شاركت في قتله ولا أحدثت شيئاً مات منه ولا كان سببا في موته ولا معينا على موته .

« مسألة » قال ﴿ ومن قتل نفسا محرمة أو شارك فيها أو ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا وكان الفعل خطأ فعلى القاتل عتق رقبة مؤمنة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله . وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أن على قاتل العمد تحرير رقبة مؤمنه ﴾

الأصل في كفارة القتل قوله تعالى ( ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ) الآية . وأجمع أهل العلم على أن على القاتل خطأ كفارة سواء كان المقتول ذكراً أو أنثى وتجب في قتل الصغير والكبير سواء باشره بالقتل أو تسبب الى قتله بسبب يضمن به النفس كحفر البئر ونصب السكين وشهادة الزور ، وبهذا قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة : لا تجب بالتسبب لانه ليس بقتل ولأنه ضمن بدله بغير مباشرة للقتل فلم تلزمه الكفارة كالعاقلة .

ولنا : أنه كالمباشرة في الضمان فكان كالمباشرة في الكفارة ، ولأنه سبب لإتلاف الادمي يتعلق به ضمانه فتعلقت به الكفارة كما لو كان راكبا فأوطأ دابته إنسانا ، وقياسهم ينتقض بالأب إذا أكره إنسانا على قتل ابنه ، فإن الكفارة تجب عليه من غير مباشرة : وفارق العاقله فإنها تتحمل عن غيرها ، ولم يصدر منها قتل ولا تسبب اليه . وقولهم : ليس بقتل ممنوع ، قال القاضي : ويلزم الشهود الكفارة سواء قالوا أخطأنا أو تعمدنا ؛ وهذا يدل على أن القتل بالسبب تجب به الكفارة بكل حال ولا يعتبر فيه الخطأ والعمد لأنه إن قصد به القتل ، فهو جار مجرى الخطأ في أنه لا يجب به القصاص .

( فصل ) وتجب الكفارة بقتل العبد ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك لا تجب به لأنه مضمون بالقيمة أشبه البهيمة ، ولنا عموم قوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ) لأنه يجب القصاص بقتله فتجب الكفارة به كالحر ولأنه مؤمن فأشبه الحر ويفارق البهائم بذلك .

( فصل ) وتجب بقتل الكافر المضمون سواء كان ذميا أو مستأمنا ، وبهذا قال أكثر أهل العلم ، وقال الحسن ومالك لا كفارة فيه لقوله تعالى ( ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنه ) فمفهومه أن لا كفارة في غير المؤمن .

ولنا قوله تعالى ( وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبه مؤمنه ) والذمي له ميثاق ، وهذا منطوق يقدم على دليل الخطاب . ولأنه آدمي مقتول ظلما فوجبت الكفارة بقتله كالمسلم .

( فصل ) وإذا قتل الصبي والمجنون وجبت الكفارة في أموالهما ، وكذلك الكافر ، وبهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة لا كفارة على واحد منهم لأنها عبادة محضة تجب بالشرع ، فلا تجب على الصبي والمجنون والكافر كالصلاة والصيام .

ولنا أنه حق مالي يتعلق بالقتل فتعلقت بهم كالدية ، وتفارق الصوم والصلاة لأنهما عبادتان بدنيتان وهذه مالية أشبهت نفقات الأقارب ، وأما كفارة اليمين فلا تجب على الصبي والمجنون لانها تتعلق بالقول ولاقول لهما وهذه تتعلق بالفعل وفعلهما متحقق قد أوجب الضمان عليهما ويتعلق بالفعل مالا يتعلق بالقول بدليل أن العتق يتعلق بأحبالهما دون إعتاقهما بقولهما ، وأما الكافر فتجب عليه ، وتكون عقوبة عليه كالحدود .

( فصــــل ) ومن قتل في دار الحرب مسلما يعتقده كافرا أو رمى الى صف الكفار فأصاب فيهم مسلما فقتله فعليه كفارة لقوله تعالى ( وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ) .

( فصل ) ومفهوم كلام الخرقي : أن كل قتل مباح لا كفارة فيه كقتل الحربي والباغي والزاني المحصن والقتل قصاصا أو حدا لأنه قتل مأمور به ، والكفارة لا تجب لمحو المأمور به .

وأما الخطأ فلا يوصف بتحريم ولا إباحه لأنه كفعل المجنون والبهيمة لكن النفس الذاهبة به معصومة محرمة محترمة ، فلذلك وجبت الكفارة فيها ، وقال قوم الخطأ محرم ولا إثم فيه ، وقيل ليس بمحرم لأن المحرم ما أثم فاعله وهذا لا إثم فيه وقوله تعالى ( وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ هذا استثناء منقطع و « إلا » في موضع « لكن » التقدير لكن قد يقتله خطأ ، وقيل « إلا » بمعنى « ولا » أي ولا خطأ وهذا يبعد لأن الخطأ لا يتوجه اليه النهي لعدم إمكان التحريم منه ، وكونه لا يدخل تحت الوسع ، ولأنها لو كانت بمعنى « ولا » كانت عاطفة للخطأ على ما قبله وليس قبله ما يصلح عطفه عليه .

وأما قتل نساء أهل الحرب وصبيانهم فلا كفارة فيه ، لأنه ليس لهم إيمان ولا أمان وإنما منع من قتلهم لانتفاع المسلمين بهم لكونهم يصيرون بالسبي رقيقا ينتفع بهم ، وكذلك قتل من لم تبلغه الدعوة لا كفارة فيه لذلك ولذلك لم يضمنوا بشيء فأشبهوا من قتله مباح .

( فصل ) ومن قتل نفسه خطأ وجبت الكفارة في ماله ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا تجب لأن ضمان نفسه لا يجب فلم تجب الكفارة كقتل نساء أهل الحرب وصبيانهم .

ولنا : عموم قوله تعالى ( ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ) ولأنه آدمي مؤمن مقتول خطأ فوجبت الكفارة على قاتله كما لو قتله غيره والأول أقرب إلى الصواب إن شاء الله فإن عامر بن الأكوع قتل نفسه خطأ ولم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم فيه بكفارة ، وقوله تعالى ( ومن قتل مؤمنا خطأ ) إنما أريد بها اذا قتل غيره بدليل قوله ( ودية مسلمة الى أهله ) وقاتل نفسه لا تجب فيه دية بدليل قتل عامر بن الأكوع .

( فصل ) ومن شارك في قتل يوجب الكفارة لزمته كفارة ويلزم كل واحد من شركائه كفارة ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم الحسن وعكرمة والنخعي والحارث العكلي والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي .

وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى : أن على الجميع كفارة واحدة ،

وهو قول أبي ثور ، وحكى عن الاوزاعى وحكاه أبو على الطبرى عن الشافعى وأنكره سائر أصحابه ، واحتج لمن أوجب كفارة واحدة بقوله تعالى ( ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ) و « من » يتناول الواحد والجماعة ، ولم يوجب الا كفارة واحدة ودية ، والدية لا تتعدد فكذلك الكفارة ولانها كفارة قتل فلم تتعدد بتعدد القاتلين مع اتحاد المقتول ككفارة الصيد الحرمى .

ولنا أنها لا تتبعض وهى من موجب قتل الادمى فكملت فى حق كل واحد من المشتركين كالقصاص ، وتخالف كفارة الصيد فإنها تجب بدلا ، ولهذا تجب فى أبعاضه وكذلك الديه .

( فصل ) اذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا فعليه الكفارة : وبه قال الحسن وعطاء والزهرى والنخعى والحكم وحماد ومالك والشافعى واسحاق ، وقال أبو حنيفة : لا تجب ، وقد مضت هذه المسألة فى دية الجنين

( فصل ) والمشهور فى المذهب : أنه لا كفارة فى قتل العمد ، وبه قال الثورى ومالك وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى .

وعن أحمد رواية أخرى : تجب فيه الكفارة . وحكى ذلك عن الزهرى ، وهو قول الشافعى لما روى واثلة بن الاسقع قال « أتينا النبي صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد أوجب بالقتل ، فقال : أعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضواً منه من النار » ولانها اذا وجبت فى قتل الخطأ ففي العمد أولى ، لأنه أعظم اثما وأكبر جرما وحاجته الى تكفير ذنبه أعظم .

ولنا مفهوم قوله تعالى ( ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ) ثم ذكر قتل العمد ولم يوجب فيه كفارة وجعل جزاءه جهنم ، فمفهومه أنه لا كفارة فيه ، وروى « أن سويد بن الصامت قتل رجلا فأوجب النبي صلى الله عليه وسلم عليه القود ولم يوجب كفارة ، وعمرو بن أمية الضمرى قتل رجلين فى عهد النبي (ص) فوداهما النبي صلى الله عليه وسلم ولم يوجب كفارة » ولأنه فعل يوجب القتل ، فلا يوجب كفارة كزنا المحصن .

وحديث واثلة : يحتمل أنه كان خطأ وسماه موجبا أى فوت النفس بالقتل ، ويحتمل أنه كان شبه عمد ، ويحتمل أنه أمرهم بالإعتاق تبرعا ولذلك أمر غير

القاتل بالإعتاق ، وما ذكروه من المعنى لا يصح لأنها وجبت فى الخطأ فتمحوا إثمه لكونه لا يخلو من تفريط فلا يلزم من ذلك إيجابها فى موضع عظم الإثم فيه بحيث لا يرتفع بها .

اذا ثبت هذا فلا فرق بين العمد الموجب للقصاص وما لا قصاص فيه كقتل الوالد ولده والسيد عبده . والحر العبد والمسلم الكافر لأن هذا من أنواع العمد .

( فصل ) وتجب الكفارة فى شبه العمد . ولم أعلم لأصحابنا فيه قولا لكن مقتضى الدليل ما ذكرناه. ولانه أجرى مجرى الخطأ فى نفى القصاص وحمل العاقلة ديته وتأجيلها فى ثلاث سنين ، فجرى مجراه فى وجوب الكفارة . ولأن القاتل إنما لم يحمل شيئا من الدية لتحمله الكفارة . فلو لم تجب عليه الكفارة تحمل من الدية لئلا يخلو القاتل عن وجوب شيء أصلا ولم يرد الشرع بهذا .

( فصـــل ) وكفارة القتل عتق رقبة مؤمنة بنص الكتاب سواء كان القاتل أو المقتول مسلما أو كافراً . فإن لم يجدها فى ملكه فاضلة عن حاجته أو يجد ثمنها فاضلا عن كفايته فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وهذا ثابت بالنص أيضا فإن لم يستطع ففيه روايتان :

إحداهما يثبت الصيام فى ذمته ولا يجب شيء آخر . لأن الله تعالى لم يذكره ولو وجب لذكره

والثانى : يجب إطعام ستين مسكينا لأنها كفارة فيها عتق وصيام شهرين متتابعين فكان فيها إطعام ستين مسكينا عند عدمها ككفارة الظهار والفطر فى رمضان . وان لم يكن مذكوراً فى نص القرآن فقد ذكر ذلك فى نظيره فيقاس عليه . فعلى هذه الرواية : إن عجز عن الإطعام ثبت فى ذمته حتى يقدر عليه وللشافعى قولان فى هذا كالروايتين والله أعلم

« مسألة » قال ( وما أوجب القصاص فلا يقبل فيه الا عدلان )

وجملته : أن ما أوجب القصاص فى نفس كالقتل العمد العدوان من المكافىء أو فى طرف كقطعه من مفصل عمدا ممن يكافئه فلا يقبل فيه إلا شهادة رجلين عدلين ولا يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين ولا شاهد ويمين الطالب لانعلم فى هذا

بين أهل العلم خلافا ، وذلك لأن القصاص إراقة دم عقوبة على جناية فيحتاط له باشتراط الشاهدين العدلين كالحدود ، وسواء كان القصاص يجب على مسلم أو كافر أو حر أو عبد لأن العقوبة يحتاط لدرئها .

وقد روى عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى . أنه لا يقبل فى الشهادة على القتل إلا شهادة أربعة . وهذا مذهب الحسن ، لأنها شهادة يثبت بها القتل فلم يقبل أقل من أربعة كالشهادة على الزنا من المحصن .

ولنا أنه أحد نوعى القصاص فيقبل فيه إثنان كقطع الطرف ، وفارق الزنا فإنه مختص بهذا ، وليست العلة كونه قتلا بدليل وجوب الأربعة فى زنا البكر ولا قتل فيه ؛ ولأنه انفرد بوجوب الحد على الرامى به والشهود إذا لم تكمل شهادتهم فلم يجز أن يلحق به ما ليس مثله .

« مسألة » قال ( وما أوجب من الجنايات المال دون القود قبل فيه رجل وامرأتان أو رجل عدل مع يمين الطالب )

وجملته أن ما كان موجبه المال كقتل الخطأ وشبه العمد والعمد فى حق من لا يكافئه ؛ والجائفة والمأمومة وما دون الموضحة وشريك الخاطىء وأشباه هذا فإنه يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين ، وشهادة عدل ويمين الطالب ، وهذا مذهب الشافعى . وقال أبو بكر : لا يثبت أيضا إلا بشهادة عدلين ، ولا تسمع فيه شهادة النساء ولا شاهد ويمين ، لأنها شهادة على قتل أو جنايه على آدمى فلم تسمع من النساء كالقسم الاول .

يبين صحة هذا أنه لما لم يكن للنساء مدخل فى القسامه فى العمد ولم يكن لهن مدخل فى القسامه على الخطأ وشبه العمد الموجب للمال ، فيدل هذا على أنهن لا مدخل لهن فى الشهادة على دم بحال .

ولنا أنها شهادة على ما يقصد به المال على الخصوص فوجب أن تقبل كالشهادة على البيع والاجارة ، وفارق قتل العمد فإنه موجب للعقوبة التى يحتاط بإسقاطها فاحتيط فى الشهادة على أسبابها ، وفى مسألتنا المقصود تقبل شهادتهن فيه فقبلت شهادتهن على سببه .

( فصــــل )

ولو ادعى جناية عمد وقال عفوت عن القصاص فيها لم يقبل فيه شاهد وامرأتان لانه انما يعفو عن شيء ثبت له ، ولا يثبت ذلك القتل بتلك الشهادة ، وان ثبت القتل إما بشاهدين أو بإقرار المدعى عليه صح العفو لان الحق ثبت له بوجود القتل وإنما خفي ثبوته عمن لم يعلم ذلك فإذا علم ذلك علم أنه كان ثابتا من حين وجد القتل فيكون العفو مصادفا لحقه الثابت ، فينفذ كما لو أعتق عبداً ينازعه فيه منازع ثم ثبت أنه كان ملكه حين العتق .

( فصل ) ولا يثبت القتل بالشهادة إلا مع زوال الشبهة في لفظ الشاهدين نحو أن يقولا : نشهد أنه ضربه فقتله أو فمات منه ، فإن قالا ضربه بالسيف فمات أو فوجدناه ميتاً أو فمات عقيبه ، أو قالا ضربه بالسيف فأسال دمه أو فأنهر دمه فمات مكانه لم يثبت القتل لجواز أن يكون مات عقيب الضرب بسبب آخر ، وقد روى عن شريح أنه شهد عنده رجل بالقتل فقال أشهد أنه اتكأ عليه بمرفقه فمات فقال له شريح فمات منه ، فأعاد الرجل قوله الاول ، فقال له شريح : قم فلا شهادة لك ، وان كانت الشهادة بالجرح فقالا ضربه فأوضحه أو فاتضح منه او فوجدناه موضحا من الضربة قبلت شهادتهما .

وإن قالا ضربه فاتضح رأسه أو وجدناه موضحا أو فأسال دمه ووجدنا في رأسه موضحة لم يثبت الايضاح لجواز أن يتضح عقيب ضربه بسبب آخر ، ولا بد من تعيين الموضحة في إيجاب القصاص لانه ان كان في رأسه موضحتان فيحتاجان الى بيان ما شهدا به منهما . وان كانت واحدة فيحتمل أن يكون قد أوسعها غير المشهود عليه فيجب أن يعينها الشاهدان فيقولان هذه .

وإن قالا أوضحه في موضع كذا من رأسه موضحة قدر مساحتها كذا وكذا قبلت شهادتهما ، وان قالا لا نعلم قدرها أو موضعها لم يحكم بالقصاص لانه يتعذر مع الجهالة وتجب الدية لانها لا تختلف باختلافها ، وإن قالا ضرب رأسه فأسال دمه كانت بازله ، وان قالا فسال دمه لم يثبت شيء لجواز أن يسيل دمه بسبب آخر وإن قالا نشهد انه ضربه فقطع يده ولم يكن أقطع اليدين قبلت شهادتهما وثبت القصاص لعدم الاشتباه وان كان أقطع اليدين ولم يعينا المقطوعة لم يثبت القصاص

لأنهما لم يعينا اليد التى يجب القصاص منها ، وتجب دية اليـدين لانها لا تختلف باختلاف اليدين .

( فصـل ) إذا شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمداً وشهد الآخر أنه أقر بقتله ولم يقل عمداً ولا خطأ ثبت القتل لأن البينة قد تمت عليه ولم تثبت صفته لعدم تمامها عليه ويسأل المشهود عليه عن صفته ، فإن أنكر أصل القتل لم يقبل انكاره لقيـام البينة به ، وان أقر بقتل العمد ثبت باقراره ، وان أقر بقتل الخطأ وأنكر الولى فالقول قول القاتل وهل يستحلف على ذلك ؟ يخرج فيه وجهان ، وان صدقه الولى على الخطأ ثبت عليه .

وان أقر بقتل العمد وكذبه الولى وقال بل كان خطأ لم يجب القود لأن الولى لا يدعيه . وتجب دية الخطأ ولا تحمل العاقلة شيئا من ديته فى هذه المواضع كلها وتكون فى ماله لأنها لم تثبت ببينة وفى بعضها القاتل مقر بأنها فى ماله دون مال عاقلته .

وان قال أحد الشاهدين أشهد أنه أقر بقتله عمدا ، وقال الآخر أشهد أنه أقر بقتله خطأ ثبت القتل أيضا لأنه لا تنافى بين شهادتيهما لانه يجوز أن يقر عند أحدهما بقتل العمد ويقر عند الآخر بقتل الخطأ فثبت اقراره بالقتل دون صفته ويطالب ببيان صفته على ما ذكرنا فى التى قبلها . وان شهد أحدهما أنه قتله عمداً وشهد الآخر أنه قتله خطأ ثبت القتل أيضا دون صفته ويطالب ببيان صفته على ماذكرنا لان الفعل قد يعتقده أحدهما خطأ والآخر عمداً ويكون الحكم كما لو شهد على اقراره بذلك .

وان شهد أحدهما أنه قتله غدوة وقال الآخر عشية وقال أحدهما قتله بسيف وقال الآخر بعصا لم تتم الشهادة . ذكره القاضي لان كل واحد منهما يخالف صاحبه ويكذبه ، وهذا مذهب الشافعي .

وقال أبو بكر : يثبت القتل بذلك لأنهما اتفقا على القتل واختلفا فى صفته فأشبه التى قبلها ، والاول أصح لان كل واحد من الشاهدين يكذب صاحبه ، فإن القتل غدوة غير القتل عشية ولا يتصور أن يقتل غدوة ثم يقتل عشية ولا أن يقتل بسيف ثم يقتل بعصا ، بخلاف العمد والخطأ ، لان الفعل واحد والخلاف فى نيته

وقصده ; وقد يخفى ذلك على أحدهما دون الآخر ، وان شهد أحدهما أنه قتله وشهد الآخر أنه أقر بقتله ثبت القتل ، نص عليه أحمد واختاره أبو بكر ، واختار القاضى أنه لا يثبت وهو مذهب الشافعى ، لأن أحدهما شهد بغير ما شهد به الآخر فلم تتفق شهادتهما على فعل واحد

ولنا أن الذى أقر به هو القتل الذى شهد به الشاهد فلا تنافى بينهما فيثبت بشهادتهما كما لو شهد أحدهما بالقتل عمداً والاخر بالقتل خطأ أو كما لو شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد الاخر أنه أقر بالف له

( فصل ) اذا قتل رجل عمداً قتلا يوجب القصاص سواء كان الشاهد عدلا أو فاسقا لأن شهادته تضمنت سقوط حقه من القصاص وقوله مقبول فى ذلك ، فإن أحد الوليين اذا عفا عن حقه سقط القصاص كله ، ويشبه هذا ما لو كان عبد بين شريكين فشهد أحدهما أن شريكه أعتق نصيبه وهو موسر عتق نصيبه وان أنكره الاخر فإن كان الشاهد بالعفو شهد بالعفو عن القصاص والمال لم يسقط المال لأن الشاهد اعترف أن نصيبه سقط بغير اختياره

فأما نصيب المشهود عليه فان كان الشاهد ممن لا تقبل شهادته فالقول قول المشهود عليه مع يمينه، فاذا حلف ثبتت حصته من الدية ، وان كان الشاهد مقبول القول حلف الجانى معه وسقط عنه الحق المشهود عليه ويحلف الجانى أنه عفا عن الدية ولا يحتاج الى ذكر العفو عن القصاص لانه قد أسقط بشهادة الشاهد فلا يحتاج الى ذكره فى اليمين ، ولأنه إنما يحلف على ما يدعى عليه ولا يدعى عليه غير الدية .

(فصل) واذا جرح رجل فشهد له رجلان من ورثته غير الوالدين والمولودين نظرت فان كانت الجراح مندمله فشهادتهما مقبوله لانهما لا يجران الى أنفسهمانفعا وان كانت غيره مندمله لم يحكم بشهادتهما لجواز أن تصير نفسا فتجب الدية لهما بشهادتهما فان شهدا فى تلك الحال وردت شهادتهما ثم اندملت فأعادا شهادتهما فهل تقبل ؟ على وجهين

أحدهما : لا تقبل لان الشهادة ردت للتهمة فلا تقبل وان زالت التهمة ، كالفاسق اذا أعاد شهادته المردودة بعد عدالته

والثانى تقبل لان سبب التهمة قد تحقق زواله ، وللشافعى وجهان كهذين ، وان شهد وارثا المريض بمال فى قبول شهادتهما له وجهان

أحدهما : تقبل لأنهما يثبتان المال للمريض وان مات انتقل اليهما عنه فأشبهت الشهادة للصحيح ، بخلاف الجناية فإنها اذا صارت نفسا وجبت الدية لهما بها

والوجه الثانى لا تقبل لأنه متى ثبت المال للمريض تعلق حق ورثته به ، ولهذا لا ينفذ تبرعه فيه فيما زاد على الثلث ، وان شهد للمجروح بالجرح من لا يرثه لكونه محجوباً كالأخوين يشهدان لأخيهما وله ابن سمعت شهادتهما، فان مات ابنه نظرت فان كان الحاكم حكم بشهادتهما لم ينقض حكمه لأن ما يطرأ بعد الحكم بالشهادة لا يؤثر فيها كالفسق ، وان كان ذلك قبل الحكم بالشهادة لم يحكم بها لأنهما صارا مستحقين فلا يحكم بشهادتهما، كما لو فسق الشاهدان قبل الحكم بشهادتهما، وان شهد على رجل بالجراح الموجبة للدية على العاقله فشهد بعض عاقلة المشهود عليه بجرح الشهود لم تقبل شهادته ، وان كان فقيراً لأنه قد يكون ذا مال وقت العقل فيكون دافعا عن نفسه، وان كان الجرح مما لا تحمله العاقلة كجراحة العمد أو العبد سمعت شهادة العاقله بجرح الشهود لأنهما لا يدفعان عن أنفسهما ضرراً، فان موجب هذه الجراحة القصاص أو المال فى ذمة الجانى ، وكذلك إن كان الشاهدان يشهدان على إقراره بالجرح لأن العاقلة لا تحمل الاعتراف ، وان كانت شهادتهما بجراح عقله دون ثلث الدية خطأ نظرنا فان كانت شهادة العاقلة بجرح الشهود قبل الاندمال لم تقبل لانها ربما صارت نفسا فتحملها العاقلة وان كانت بعده قبلت لانها لا تحمل ما دون الثلث ، وان كان الشاهدان بالجرح ليسا من العاقلة فى الحال ، وانما يصيران من العاقلة التى تتحمل أن لو مات من هو اقرب منهما قبلت شهادتهما ذكره القاضى لانهما ليسا من العاقلة وانما يصيران منها بموت القريب والظاهر حياته

وفارق الفقير اذا شهد لان الغنى ليست عليه أمارة ، فان المال غاد ورائح ، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله على نحو ما ذكرنا ، ويحتمل أن يسوى بين المسلمين لان كل واحد منهما ليس من العاقلة فى الحال ؛ وانما يصير منها بحدوث أمر لم يتفق الآن سببه فهما سواء واحتمال غنى الفقير كاحتمال موت الحى بل الموت أقرب فانه لا بد منه وكل حى ميت ، وكل نفس ذائقة الموت وليس كل فقير

يستغنى فما ثبت فى إحدى الصورتين يثبت فى الأخرى فيثبت فيهما جميعا وجهان بأن ينقل حكم كل واحدة من الصورتين الى الأخرى .

( فصل ) إذا شهد رجلان على رجلين أنهما قتلا رجلا ثم شهد المشهود عليهما على الأولين أنهما اللذان قتلاه فصدق الولى الأولين وكذب الآخرين وجب القتل عليهما لأن الولى يكذبهما وهما يدفعان بشهادتهما عن انفسهما ضرراً

وان صدق الآخرين وحدهما بطلت شهادة الجميع لأن الأولين بطلت شهادتهما لتكذيبه لهما ورجوعه عما شهدا له به والآخران لا تقبل شهادتهما لأنهما عدوان للأولين ولأنهما يدفعان عن أنفسهما ضرراً .

وان صدق الجميع بطلت شهادتهم أيضا لأنه بتصديق الأولين مكذب للآخرين وتصديقه الآخرين تكذيب للأولين وهما متهمان لما ذكرناه .

فإن قيل : كيف تتصور هذه المسأله والشهادة إنما تكون بعد الدعوى ؟ فكيف يتصور فرض تصديقهم وتكذيبهم ؟

قلنا : قد يتصور أن يشهدوا قبل الدعوى إذا لم يعلم الولى من قتله ، ولهذا روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « خير الشهداء الذى يأتى بشهادته قبل أن يسألها » وهذا معنى ذلك .

# كتاب قتال أهل البغى

والأصل فى هذا الباب قول الله سبحانه ( وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الاخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله ـ إلى قوله ـ إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم ) ففيها خمس فوائد

أحدها : أنهم لم يخرجوا بالبغى عن الإيمان فإنه سماهم مؤمنين .

الثانية : أنه أوجب قتالهم .

الثالثة : أنه أسقط قتالهم إذا فاءوا إلى أمر الله .

الرابعة : أنه أسقط عنهم التبعة فيما أتلفوه فى قتالهم .

الخامسة : أن الآية أفادت جواز قتال كل من منع حقا عليه ، وروى عبد الله ابن عمرو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من أعطى إماما صفقة يده وثمرة فؤاده فليطعه ما استطاع فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر » رواه مسلم .

وروى عرفجة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ستكون هنات وهنات ـ ورفع صوته ـ ألا ومن خرج على أمتى وهم جميع فاضربوا عنقه بالسيف كائنا من كان » فكل من ثبتت إمامته وجبت طاعته وحرم الخروج عليه وقتاله لقول الله تعالى ( يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الامر منكم ) وروى عبادة بن الصامت قال . بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة فى المنشط والمكره وأن لا ننازع الأمر أهله .

وروى عن النبى ( ص ) أنه قال « من خرج من الطاعة وفارق الجماعة فمات فميتته جاهلية » رواه ابن عبد البر من حديث أبى هريرة وأبى ذر وابن عباس كلها بمعنى واحد وأجمعت الصحابة رضى الله عنهم على قتال البغاة فإن أبا بكر ( رض ) قاتل مانعى الزكاة وعلى قاتل أهل الجمل وصفين وأهل النهروان .

والخارجون عن قبضة الإمام أصناف أربعه .

أحدها : قوم امتنعوا من طاعته وخرجوا عن قبضته بغير تأويل فهؤلاء قطاع طريق ساعون فى الارض بالفساد يأتى حكمهم فى باب مفرد .

الثانى : قوم لهم تاويل إلا أنهم نفر يسير لامنعة لهم كالواحد والاثنين والعشرة ونحوهم فهؤلاء قطاع طريق فى قول أكثر أصحابنا ، وهو مذهب الشافعى لأن ابن ملجم لما جرح علياً قال للحسن إن برئت رأيت رأيى وان مت فلا تمثلوا به فلم يثبت لفعله حكم البغاة ولأننا لو أثبتنا للعدد اليسير حكم البغاة فى سقوط ضمان ما أتلفوه أفضى الى إتلاف أموال الناس ، وقال أبو بكر : لا فرق بين الكثير والقليل وحكمهم حكم البغاة إذا خرجوا عن قبضة الامام .

الثالث . الخوارج الذين يكفرون بالذنب ويكفرون عثمان وعليا وطلحة والزبير وكثيراً من الصحابة ويستحلون دماء المسلمين وأموالهم إلا من خرج معهم فظاهر قول الفقهاء من أصحابنا المتأخرين أنهم بغاة حكمهم حكمهم وهو قول أبى حنيفة والشافعى وجمهور الفقهاء وكثير من أهل الحديث ومالك يرى استتابتهم فإن تابوا وإلا قتلوا على إفسادهم لا على كفرهم .

وذهبت طائفة من أهل الحديث الى أنهم كفار مرتدون حكمهم حكم المرتدين وتباح دماؤهم وأموالهم ، فإن تحيزوا فى مكان وكانت لهم منعة وشوكة صاروا أهل حرب كسائر الكفار ، وان كانوا فى قبضة الامام استتابهم كاستتابة المرتدين فإن تابوا وإلا ضربت أعناقهم وكانت أموالهم فيئاً لا يرثهم ورثتهم المسلمون لما روى أبو سعيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « يخرج قوم تحقرون صلاتكم مع صلاتهم وصيامكم مع صيامهم وأعمالكم مع أعمالهم يقرءون القرآن لا يجاوز حناجرهم ، يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ، ينظر فى النصل فلا يرى شيئا ، وينظر فى القدح فلا يرى شيئا وينظر فى الريش فلا يرى شيئا ويتمارى فى الفوق » رواه مالك فى موطئه والبخارى فى صحيحه وهو حديث صحيح ثابت الاسناد .

وفى لفظ قال « يخرج قوم فى آخر الزمان أحداث الأسنان سفهاء الأحلام يقولون من خير قول البرية يقرءون القرآن لا يجاوز تراقيهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فأينما لقيتهم فاقتلهم فإن قتلهم أجر لمن قتلهم يوم القيامة » رواه البخارى ، وروى معناه من وجوه يقول : فكما خرج هذا السهم نقيا خاليا من الدم والفرث لم يتعلق منها بشىء كذلك خروج هؤلاء من الدين يعنى الخوارج .

وعن أبي أمامة أنه « رأى رءوسا منصوبة على درج مسجد دمشق فقال كلاب النار شر قتلى تحت أديم السماء خير قتلى من قتلوه ثم قرأ ( يوم تبيض وجوه وتسود وجوه إلى آخر الآية فقيل له أنت سمعته من رسول الله ( ص) ؟ قال لو لم أسمعه إلا مرة أو مرتين أو ثلاثا أو أربعا حتى عد سبعا ما حدثتكموه » .

قال الترمذي : هذا حديث حسن ، ورواه ابن ماجه عن سهل عن ابن عيينة عن أبي غالب أنه سمع أبا أمامة يقول « شر قتلى قتلوا تحت أديم السماء وخير قتلى من قتلوا ، كلاب أهل النار كلاب أهل النار كلاب أهل النار ، قد كان هؤلاء مسلمين فصاروا كفاراً ، قلت : يا أبا أمامة هذا شيء تقوله ؟ قال بل سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

وعن علي رضي الله عنه في قوله تعالى ( قل هل ننبئكم بالأخسرين أعمالا ) قال « هم أهل النهروان » وعن أبي سعيد في حديث آخر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « هم شر الخلق والخليقة لئن أدركتهم لأقتلنهم قتل عاد » وقال « لا يجاوز إيمانهم حناجرهم » وأكثر الفقهاء على أنهم بغاة ولا يرون تكفيرهم .

قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً وافق أهل الحديث على تكفيرهم وجعلهم كالمرتدين ، قال ابن عبدالبر : في الحديث الذي رويناه : قوله « يتمارى في الفوق » يدل على أنه لم يكفرهم لأنهم علقوا من الاسلام بشيء بحيث يشك في خروجهم منه ، وروى عن علي « أنه لما قاتل أهل النهر قال لأصحابه لا تبدءوهم بالقتال وبعث اليهم أقيدونا بعبد الله بن خباب قالوا كلنا قتله » فحينئذ استحل قتالهم لاقرارهم على أنفسهم بما يوجب قتلهم .

وذكر ابن عبد البر عن علي رضي الله عنه «أنه سئل عن أهل النهر أكفار هم قال من الكفر فروا قيل فمنافقون ؟ قال : ان المنافقين لا يذكرون الله الا قليلا قيل فما هم قال هم قوم أصابتهم فتنة فعموا فيها وصموا وبغوا علينا وقاتلونا فقاتلناهم » ولما جرحه ابن ملجم قال للحسن أحسنوا اساره فإن عشت فأنا ولى دمى ، وان مت فضربة كضربتي ، وهذا رأى عمر بن عبد العزيز فيهم وكثير من العلماء ، والصحيح ان شاء الله أن الخوارج يجوز قتلهم ابتداء والاجازة على جريحهم

لامر النبي صلى الله عليه وسلم بقتلهم ووعده بالثواب من قتلهم فإن عليا ( رض ) قال : لولا أن ينظروا لحدثتكم بما وعد الله الذين يقتلونهم على لسان محمد (ص) ولان بدعتهم وسوء فعلهم يقتضي حل دمائهم بدليل ما أخبر به النبي ( ص ) من عظم ذنبهم وأنهم شر الخلق والخليقة وأنهم يمرقون من الدين وأنهم كلاب النار وحثه على قتلهم وأخباره بأنه لو أدركهم لقتلهم قتل عاد فلا يجوز إلحاقهم بمن أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالكف عنهم وتورع كثير من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتالهم ولا بدعة فيهم .

الصنف الرابع : قوم من أهل الحق يخرجون عن قبضة الامام ويرومون خلعه لتأويل سائغ وفيهم منعة يحتاج فى كفهم الى جمع الجيش فهؤلاء البغاة الذين نذكر فى هذا الباب حكمهم ، وواجب على الناس معونة امامهم فى قتال البغاة لما ذكرنا فى أول الباب ولانهم لو تركوا معونته لقهره أهل البغى وظهر الفساد فى الارض

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ واذا اتفق المسلمون على امام فمن خرج عليه من المسلمين يطلب موضعه حوربوا ودفعوا بأسهل ما يندفعون به ﴾

وجملته الامر : أن من اتفق المسلمون على امامته وبيعته ثبتت امامته ووجبت معونته لما ذكرنا من الحديث والاجماع ، وفى معناه من ثبتت امامته بعهد النبي صلى الله عليه أو بعهد امام قبله اليه فان أبا بكر ثبتت امامته باجماع الصحابة على بيعته وعمر ثبتت امامته بعهد أبي بكر اليه :

وأجمع الصحابة على قبوله ولو خرج رجل على الامام فقهره وغلب الناس بسيفه حتى أقروا له وأذعنوا بطاعته وتابعوه صار اماما يحرم قتاله والخروج عليه فان عبد الملك بن مروان خرج على ابن الزبير فقتله واستولى على البلاد وأهلها حتى بايعوه طوعا وكرها فصار اماما يحرم الخروج عليه وذلك لما فى الخروج عليه من شق عصى المسلمين واراقة دمائهم وذهاب أموالهم ، ويدخل الخارج عليه فى قوله عليه السلام « من خرج على أمتي وهم جميع فاضربوا عنقه بالسيف كائنا من كان » فمن خرج على من ثبتت امامته بأحد هذه الوجوه باغيا وجب قتاله ، ولا يجوز قتالهم حتى يبعث اليهم من يسألهم ويكشف لهم الصواب الا أن يخاف

كلهم فلا يمكن ذلك فى حقهم ، فأما ان أمكن تعريفهم عرفهم ذلك وأزال ما يذكرونه من المظالم وأزال حججهم ، فإن لجوا قاتلهم حينئذ لأن الله تعالى بدأ بالأمر بالإصلاح قبل القتال ، فقال سبحانه ( وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفيء إلى أمر الله ) . وروى أن عليا رضى الله عنه راسل أهل البصرة قبل وقعة الجمل ثم أمر أصحابه أن لايبدءوهم بالقتال ثم قال : إن هذا يوم من فلج فيه فلج يوم القيامة ، ثم سمعهم يقولون الله أكبر يا لثارات عثمان،فقال اللهم أكب قتلة عثمان لوجوههم

وروى عبد الله بن شداد بن الهادى أن علياً لما اعتزلته الحرورية بعث اليهم عبد الله بن عباس فواضعوه كتاب الله ثلاثة أيام فرجع منهم أربعة آلاف ، فإن أبوا الرجوع وعظهم وخوفهم القتال .

وإنما كان كذلك لأن المقصود كفهم ودفع شرهم لا قتلهم ، فإذا أمكن بمجرد القول كان أولى من القتال لما فيه من الضرر بالفريقين ، فإن سألوا الانظار نظر فى حالهم وبحث عن أمرهم ، فإن بان له أن قصدهم الرجوع الى الطاعة ومعرفة الحق أمهلهم . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، فإن كان قصدهم الاجتماع على قتاله وانتظار مدد يقوون به أو خديعة الامام أو ليأخذوه على غرة ويفترق عسكره لم ينظرهم وعاجلهم لأنه لا يأمن أن يصير هذا طريقا الى قهر أهل العدل ولا يجوز هذا ، وان أعطوه عليه مالا لأنه لايجوز أن يأخذ المال على إقرارهم على مالا يجوز إقرارهم عليه ، وإن بذل له رهائن على إنظارهم لم يجز أخذها لذلك ، ولأن الرهائن لا يجوز قتلهم لغدر أهلهم فلا يفيد شيئا . وإن كان فى أيديهم أسرى من أهل العدل وأعطوا بذلك رهائن منهم قبلهم الامام واستظهر للمسلمين .

فإن أطلقوا أسرى المسلمين الذين عندهم أطلقت رهائنهم ، وان قتلوا من عندهم لم يجز قتل رهائنهم لأنهم لا يقتلون بقتل غيرهم ، فاذا انقضت الحرب خلى الرهائن كما تخلى الاسارى منهم .

وإن خاف الإمام على الفئة العادلة الضعف عنهم أخر قتالهم الى أن تمكنه القوة عليهم لأنه لا يؤمن الاصطلام والاستئصال فيؤخرهم حتى تقوى شوكة أهل العدل

ثم يقاتلهم ، وان سألوه أن ينظرهم أبداً ويدعهم وما هم عليه ويكفوا عن المسلمين نظر فإن لم يعلم قوته عليهم وخاف قهرهم له ان قاتلهم تركهم ، وان قوى عليهم لم يجز اقرارهم على ذلك ؛ لأنه لا يجوز أن يترك بعض المسلمين طاعة الامام ولا تؤمن قوة شوكتهم بحيث يفضى الى قهر الامام العادل ومن معه ، ثم ان أمكن دفعهم بدون القتل لم يجز قتلهم لأن المقصود دفعهم ، ولأن المقصود اذا حصل بدون القتل لم يجز القتل من غير حاجة ، وان حضر معهم من لا يقاتل لم يجز قتله .

وقال أصحاب الشافعى فيه وجه آخر : يجوز لأن عليا رضى الله عنه نهى أصحابه عن قتل محمد بن طلحة السجاد وقال : اياكم وصاحب البرنس ، فقتله رجل وأنشأ يقول :

وأشعث قوام بآيات ربه ... قليل الاذى فيما ترى العين مسلم
هتكت له بالرمح جيب قميصه ... فخر صريعاً لليدين وللفم
على غير شيء غير أن ليس تابعا ... علياً ومن لم يتبع الحق يظلم
يناشدنى حم ، والرمح شاجر ... فهلا تلا حم قبل التقدم ؟

وكان السجاد حامل راية أبيه ولم يقاتل فلم ينكر على قتله ، ولأنه صار ردءا لهم .

ولنا قول الله تعالى ( ومن يقتل مؤمنا متعمداً فجزاؤه جهنم ) والأخبار الواردة فى قتل المسلم والاجماع على تحريمه ، وانما خص من ذلك ما حصل ضرورة دفع الباغى والصائل ففيما عداه يبقى على العموم والاجماع فيه ؛ ولهذا حرم قتل مدبرهم وأسيرهم والاجهاز على جريحهم ، مع انهم انما تركوا القتال عجزاً عنه ، ومتى ما قدروا عليه عادوا اليه ، فمن لا يقاتل تورعا عنه مع قدرته عليه ولا يخاف منه القتال بعد ذلك أولى ، ولانه مسلم لم يحتج الى دفعه ولا صدر منه أحد الثلاثة فلم يحل دمه لقوله عليه السلام « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث »

فأما حديث على فى نهيه عن قتل السجاد فهو حجة عليه ، فإن نهى على أولى من فعل من خالفه ، ولا يمتثل قول الله تعالى ولا قول رسوله ولا قول امامه ، وقولهم لم ينكر قتله ؛ قلنا لم ينقل الينا ان عليا علم حقيقة الحال فى قتله ولا حضر

قتله فيتكره ، وقد جاء أن عليا رضي الله عنه حين طاف فى القتلى رآه فقال السجاد ورب الكعبة هذا الذى قتله بره بأبيه ، وهذا يدل على أنه لم يشعر بقتله ، ورأى كعب بن سور فقال : يزعمون انما خرج الينا الرعاع وهذا الحبر بين أظهرهم ، ويجوز أن يكون تركه الانكار عليهم اجتزاء بالنهى المتقدم ، ولأن القصد من قتالهم كفهم ، وهذا كافٌ لنفسه فلم يجز قتله كالمنهزم .

( فصــــل ) وإذا قاتل معهم عبيد ونساء وصبيان فهم كالرجل البالغ الحر يقاتلون مقبلين ويتركون مدبرين لأن قتالهم للدفع ، ولو أراد أحد هؤلاء قتل إنسان جاز دفعه وقتاله وإن أتى على نفسه ، ولذلك قلنا فى أهل الحرب إذا كان معهم النساء والصبيان يقاتلون قوتلوا وقتلوا :

( فصل ) ولا يقاتل البغاة بما يعم إتلافه كالنار والمنجنيق والتغريق من غير ضرورة لأنه لا يجوز قتل من لا يقاتل وما يعم إتلافه يقع على من يقاتل ومن لا يقاتل ، فإن دعت الى ذلك ضرورة ، مثل أن يحتاط بهم البغاة ولا يمكنهم التخلص إلا برميهم بما يعم إتلافه جاز ذلك . وهذا قول الشافعى . وقال أبو حنيفة إذا تحصن الخوارج فاحتاج الامام الى رميهم بالمنجنيق فعل ذلك بهم ما كان لهم عسكر وما لم ينهزموا وان رماهم البغاة بالمنجنيق والنار جاز رميهم بمثله .

( فصــل ) قال أبو بكر : واذا اقتتلت طائفتان من أهل البغى فقدر الامام على قهرهما لم يعن واحدة منهما لأنهما جميعا على الخطأ ، وان عجز عن ذلك وخاف اجتماعهما على حربه ضم اليه أقربهما الى الحق ، فإن استويا اجتهد برأيه فى ضم احداهما ، ولا يقصد بذلك معونة احداهما بل الاستعانة على الأخرى، فإذا هزمها لم يقاتل من معه حتى يدعوهم الى الطاعة لانهم قد حصلوا فى أمانه . وهذا مذهب الشافعى ، ولا يستعين على قتالهم بالكفار بحال ، ولا بمن يرى قتلهم مدبرين ، وبهذا قال الشافعى . وقال أصحاب الرأى : لا بأس أن يستعين عليهم بأهل الذمة والمستأمنين وصنف آخر منهم اذا كان أهل العدل هم الظاهرين على من يستعينون به

ولنا أن القصد كفهم وردهم الى الطاعة دون قتلهم ، وان دعت الحاجة الى الاستعانة بهم فإن كان يقدر على كفهم استعان بهم وان لم يقدر لم يجز .

(فصل) واذا أظهر قوم رأى الخوارج مثل تكفير من ارتكب كبيرة وترك الجماعة واستحلال دماء المسلمين وأموالهم ، الا أنهم لم يخرجوا عن قبضة الامام ولم يسفكوا الدم الحرام ، فحكى القاضى عن أبى بكر أنه لا يحل بذلك قتلهم ولا قتالهم ، وهذا قول أبى حنيفة والشافعى وجمهور أهل الفقه ؛ وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز . فعلى هذا حكمهم فى ضمان النفس والمال حكم المسلمين

وان سبوا الامام أو غيره من أهل العدل عزروا لانهم ارتكبوا محرما لا حد فيه ، وان عرضوا بالسب فهل يعزرون ؟ على وجهين

وقال مالك فى الاباضية : وسائر أهل البدع يستتابون فإن تابوا والا ضربت أعناقهم ، قال اسماعيل بن اسحاق : رأى مالك قتل الخوارج وأهل القدر من أجل الفساد الداخل فى الدين كقطاع الطريق فان تابوا والا قتلوا على افسادهم لا على كفرهم ، وأما من رأى تكفيرهم فمقتضى قوله انهم يستتابون فان تابوا والا قتلوا لكفرهم كما يقتل المرتد ، وحجتهم قول النبى صلى الله عليه وسلم « فأينما لقيتموهم فاقتلوهم » وقوله عليه السلام « لئن أدركتهم لاقتلنهم قتل عاد » وقوله صلى الله عليه وسلم فى الذى أنكر عليه وقال : انها لقسمة ما أريد بها وجه الله لأبى بكر « اذهب فاقتله » ثم قال لعمر مثل ذلك ، فأمر بقتله قبل قتاله ؛ وهو الذى قال : يخرج من ضئضئ هذا قوم - يعنى الخوارج - وقول عمر لصبيغ : لو وجدتك محلوقا لضربت الذى فيه عيناك بالسيف - يعنى لقتلتك - وانما يقتله لكونه من الخوارج فان النبى صلى الله عليه وسلم قال « سيماهم التسبيد » يعنى حلق رءوسهم ، واحتج الاولون بفعل على رضى الله عنه ، فانه روى عنه أنه كان يخطب يوماً فقال رجل بباب المسجد : لا حكم الا لله ، فقال على كلمة حق أريد بها باطل ، ثم قال : لكم علينا ثلاث : لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله تعالى ، ولا نمنعكم الفىء مادامت أيديكم معنا ولا نبدأكم بقتال ، وروى ابو يحيى قال : صلى على (رض) صلاة فناداه رجل من الخوارج (لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين) فأجابه على (رض) (فاصبر ان وعد الله حق ولا يستخفنك الذين لا يوقنون)

وكتب عدى بن أرطاة الى عمر بن عبد العزيز ان الخوارج يسبونك ، فكتب اليه ان سبونى فسبوهم أو أعفوا عنهم، وان شهروا السلاح فاشهروا عليهم وان ضربوا فاضربوا ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يتعرض المنافقين الذين معه فى المدينة فلأن لا يتعرض لغيرهم أولى ، وقد روى فى خبر الخارجى الذى أنكر عليه أن خالداً قال يارسول الله ألا أضرب عنقه ؟ قال « لعله يصلى » قال رب مصل لاخير فيه ، قال « إنى لم أومر أن أنقب عن قلوب الناس »

« مسألة » قال ( فإن آل ما دفعوا به إلى نفوسهم فلا شىء على الدافع وان قتل الدافع فهو شهيد )

وجملته أنه اذا لم يمكن دفع أهل البغى إلا بقتلهم جاز قتلهم ولا شىء على من قتلهم من إثم ولا ضمان ولا كفارة، لأنه فعل ما أمر به وقتل من أحل الله قتله وأمر بمقاتلته وكذلك ما أتلفه أهل العدل على أهل البغى حال الحرب من المال لاضمان فيه لأنهم اذا لم يضمنوا الأنفس فالأموال أولى ، فإن قتل العادل كان شهيداً لأنه قتل فى قتال أمر الله تعالى به بقوله ( فقاتلوا التى تبغى ) وهل يغسل ويصلى عليه ؟ فيه روايتان .

إحداهما : لا يغسل ولا يصلى عليه لأنه شهيد معركة أمر بالقتال فيها فأشبه شهيد معركة الكفار

والثانية : يغسل ويصلى عليه وهو قول الأوزاعى وابن المنذر، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالصلاة على من قال لا إله إلا الله واستثنى قتيل الكفار فى المعركة فما عداه يبقى على الاصل ، ولأن شهيد معركة الكفار أجره أعظم وفضله أكثر وقد جاء أنه يشفع فى سبعين من أهل بيته وهذا لا يلحق به فى فضله فلا يثبت فيه مثل حكمه فإن الشىء إنما يقاس على مثله .

( فصل ) وليس على أهل البغى أيضا ضمان ما أتلفوه حال الحرب من نفس ولا مال، وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه ، وفى الآخر يضمنون ذلك لقول أبى بكر لأهل الردة : تدون قتلانا ولا ندى قتلاكم ولأنها نفوس واموال معصومة أتلفت بغير حق ولا ضرورة دفع مباح فوجب ضمانه كالذى تلفت فى غير حال الحرب .

ولنا : ماروى الزهرى أنه قال كانت الفتنة العظمى بين الناس وفيهم البدريون فأجمعوا على أن لا يقام حد على رجل ارتكب فرجا حراما بتأويل القرآن ولا يغرم مالا أتلفه بتأويل القرآن ، ولانها طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ فلم تضمن ما أتلفت على الأخرى كأهل العدل ولأن تضمينهم يفضى الى تنفيرهم عن الرجوع الى الطاعة فلا يشرع كتضمين أهل الحرب

فأما قول أبى بكر رضى الله عنه فقد رجع عنه ولم يمضه ، فإن عمر قال له . أما إن يدوا قتلانا فلا ، فان قتلانا قتلوا فى سبيل الله تعالى على ما أمر الله ، فوافقه أبو بكر ورجع الى قوله فصار أيضا إجماعا حجة لنا ولم ينقل أنه غرم أحداً شيئاً من ذلك ، وقد قتل طليحة عكاشة بن محصن وثابت بن أقرم ثم أسلم فلم يغرم شيئا ثم لو وجب التغريم فى حق المرتدين لم يلزم مثله ههنا ، فان أولئك كفار لا تأويل لهم وهؤلاء طائفه من المسلمين لهم تأويل سائغ : فكيف يصح إلحاقهم بهم ؟

فأما ما أتلفه بعضهم على بعض فى غير حال الحرب قبله أو بعده فعلى متلفه ضمانه وبهذا قال الشافعى ، ولذلك لما قتل الخوارج عبد الله بن خباب أرسل إليهم على أقيدونا من عبد الله بن خباب ، ولما قتل ابن ملجم عليا فى غير المعركة أقيد به ، وهل يتحتم قتل الباغى اذا قتل أحداً من أهل العدل فى غير المعركة ؟ فيه وجهان .

احدهما : يتحتم لانه قتل بإشهار السلاح والسعى فى الارض بالفساد فيتحتم قتله كقاطع الطريق

والثانى . لا يتحتم وهو الصحيح لقول على رضى الله عنه : إن شئت أن أعفو وان شئت استقدت ، فأما الخوارج فالصحيح على ما ذكرنا إباحة قتلهم فلا قصاص على قاتل أحد منهم ولا ضمان عليه فى ماله

« مسأله » قال ( واذا دفعوا لم يتبع لهم مدبر ولا يجاز على جريحهم ولم يقتل لهم أسير ولم يغنم لهم مال ولم تسب لهم ذرية )

وجملته أن أهل البغى اذا تركوا القتال اما بالرجوع الى الطاعة وإما بإلقاء السلاح واما بالهزيمة الى فئة أو الى غير فئة، واما بالعجز لجراح أو مرض أو أسر فانه يحرم قتلهم واتباع مدبرهم ، وبهذا قال الشافعى

وقال ابو حنيفة : اذا هزموا ولا فئة لهم كقولنا وان كانت لهم فئة يلجئون اليها جاز قتل مدبرهم وأسيرهم والاجازة على جريحهم وان لم يكن لهم فئة لم يقتلوا لكن يضربون ضربا وجيعا ويحبسون حتى يقلعوا عما هم عليه ويحدثوا توبة ، ذكروا هذا فى الخوارج ، ويروى عن ابن عباس نحو هذا واختاره بعض أصحاب الشافعى لأنه متى لم يقتلهم اجتمعوا ثم عادوا الى المحاربة

ولنا ما روى عن على رضى الله عنه أنه قال يوم الجمل : لا يذفف على جريح ولا يهتك ستر ولا يفتح باب ومن أغلق بابا أو بابه فهو آمن ، ولا يتبع مدبر ، وقد روى نحو ذلك عن عمار وعن على رضى الله عنه أنه ودى قوما من بيت مال المسلمين قتلوا مدبرين ، وعن أبى أمامة أنه قال شهدت صفين وكانوا لا يجيزون على جريح ولا يقتلون موليا ولا يسلبون قتيلا

وقد ذكر القاضى فى شرحه عن عبد الله بن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « يا ابن أم عبد ما حكم من بغى على امتى ؟ فقلت الله ورسوله أعلم فقال لا يتبع مدبرهم ولا يجاز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم ولا يقسم فيئهم » ولان المقصود دفعهم وكفهم وقد حصل فلم يجز قتلهم كالصائل ولا يقتلون لما يخاف فى الثانى كما لو لم تكن لهم فئة . اذا ثبت هذا فان قتل انسان من منع من قتله ضمنه لانه قتل معصوما لم يؤمر بقتله ، وفى القصاص وجهان

أحدهما . يجب لأنه مكافىء معصوم . والثانى : لا يجب لان فى قتلهم اختلافا بين الائمة فكان ذلك شبهة دارئة للقصاص لانه مما يندرىء بالشبهات ، وأما أسيرهم فان دخل فى الطاعة خلى سبيله وان أبى ذلك وكان رجلا جلدا من أهل القتال حبس مادامت الحرب قائمة فاذا انقضت الحرب خلى سبيله وشرط عليه أن لا يعود الى القتال وان لم يكن الاسير من أهل القتال كالنساء والصبيان والشيوخ الفانين خلى سبيلهم ولم يحبسوا فى أحد الوجهين وفى الآخر يحبسون لان فيه كسرا لقلوب البغاة وان أسر كل واحد من الفريقين أسارى من الفريق الآخر جاز فداء أسارى أهل العدل بأسارى أهل البغى . وان قتل أهل البغى أسارى أهل العدل لم يجز لأهل العدل قتل أساراهم لانهم لا يقتلون بجناية غيرهم ولا يزرون وزر غيرهم ، وان أبى البغاة مفاداة الاسرى الذين معهم وحبسوهم احتمل أن يجوز لأهل العدل

حبس من معهم ليتوصلوا إلى تخليص أســاراهم بحبس من معهم ؛ ويحتمل أن لا يجوز حبسهم ويطلقون لأن الذنب فى حبس أسارى أهل العدل لغيرهم .

( فصل ) فأما غنيمة أموالهم وسبي ذريتهم فلا نعلم فى تحريمه بين أهل العلم خلافا ، وقد ذكرنا حديث أبى أمامة وابن مسعود ، ولأنهم معصومون وإنما أبيح من دمائهم وأموالهم ما حصل من ضرورة دفعهم وقتالهم وما عداه يبقى على أصل التحريم ، وقد روى أن عليا رضى الله عنه يوم الجمل قال من عرف شيئا من ماله مع أحد فليأخذه وكان بعض أصحاب على قد أخذ قدراً وهو يطبخ فيها فجاء صاحبها ليأخذها فسأله الذى يطبخ فيها إمهاله حتى ينضج الطبيخ فأبى وكبه وأخذها ، وهذا من جملة ما نقم الخوارج من على فإنهم قالوا إنه قاتل ولم يسب ولم يغنم فان حلت له دماؤهم فقد حلت له أموالهم وإن حرمت عليه أموالهم فقد حرمت عليه دماؤهم فقال لهم ابن عباس أفتسبون أمكم ؟ يعنى عائشة أم تستحلون منها ما تستحلون من غيرها ؟

فإن قلتم ليست أمكم فقد كفرتم ، وان قلتم إنها أمكم واستحللتم سبيها فقد كفرتم ، يعنى بقوله إنكم ان جحدتم أنها أمكم فقد قال الله تعالى ( النبى أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم ) فإن لم تكن أماً لهم لم يكونوا من المؤمنين ولأن قتال البغاة إنما هو لدفعهم وردهم الى الحق لا لكفرهم فلا يستباح منهم إلا ما حصل ضرورة الدفع كالصائل وقاطع الطريق وبقى حكم المـــال والذرية على أصل العصمة ، وما أخذ من كراعهم وسلاحهم لم يرد اليهم حال الحرب لئلا يقاتلونا به . وذكر القاضى أن أحمد أومأ إلى جواز الانتفاع به حال التحام الحرب ولا يجوز فى غير قتالهم ، وهذا قول أبى حنيفة لان هذه الحال يجوز فيها إتلاف نفوسهم وحبس سلاحهم وكراعهم فجاز الانتفاع به كسلاح أهل الحرب ، وقال الشافعى : لا يجوز ذلك الا من ضرورة اليه لأنه مال مسلم فلم يجز الانتفاع به بغير اذنه كغيره من أموالهم . وقال أبو الخطاب فى هذه المسألة وجهان كالمذهبين ، ومتى انقضت الحرب وجب رده اليهم كما ترد اليهم سائر أموالهم لقول النبى (ص) «لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس منه» وروى أبو قيس أن عليا رضى الله عنه نادى من وجد ماله فليأخذه .

«مسألة» قال ( ومن قتل منهم غسل وكفن وصلى عليه )

يعني من أهل البغي ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أصحاب الرأي . ان لم يكن لهم فئة صلى عليهم ، وان كانت لهم فئة لم يصل عليهم ، لأنه يجوز قتلهم في هذه الحال فلم يصل عليهم كالكفار .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «صلوا على من قال لا اله الا الله» رواه الخلال في جامعه ، ولأنهم مسلمون لم يثبت لهم حكم الشهادة فيغسلون ويصلى عليهم كما لو لم يكن لهم فئة ، وما ذكروه ينتقض بالزاني المحصن والمقتص منه والقاتل في المحاربة .

( فصل ) لم يفرق أصحابنا بين الخوارج وغيرهم في هذا ، وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي . وظاهر كلام أحمد رحمه الله أنه لا يصلى على الخوارج فإنه قال : أهل البدع ان مرضوا فلا تعودوهم ، وان ماتوا فلا تصلوا عليهم .

وقال أحمد : الجهمية والرافضة لا يصلى عليهم قد ترك النبي ( ص ) الصلاة بأقل من هذا ، وذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تقاتل خيبر من ناحية من نواحيها فقاتل رجل من تلك الناحية فقتل فلم يصل عليه النبي صلى الله عليه وسلم فقيل انه كان في قرية أهلها نصارى ليس فيها من يصلي عليه قال «أنا لا أشهده يشهده من شاء» .

وقال مالك : لا يصلى على الاباضية ولا القدرية وسائر أصحاب الأهواء ولا تتبع جنائزهم ولا تعاد مرضاهم ، والاباضية صنف من الخوارج نسبوا الى عبدالله بن أباض صاحب مقالتهم ، والازارقة أصحاب نافع بن الازرق ، والنجدات أصحاب نجدة الحروري ، والبيهسية أصحاب بيهس والصفرية قيل انهم نسبوا الى صفرة ألوانهم وأصنافهم كثيرة ، والحرورية نسبوا الى أرض يقال لها حروراء خرجوا بها ، وقال أبو بكر بن عياش . لا أصلي على الرافضي لأنه زعم أن عمر كافر ولا على الحروري لأنه يزعم أن عليا كافر ، وقال الفريابي من شتم أبا بكر فهو كافر لا يصلى عليه .

ووجه ترك الصلاة عليهم أنهم يكفرون أهل الإسلام ولا يرون الصلاة

عليهم فلا يصلى عليهم كالكفار من أهل الذمة وغيرهم ولأنهم مرقوا من الدين فاشبهوا المرتدين .

( فصل ) والبغاة إذا لم يكونوا من أهل البدع ليسوا بفاسقين وانما هم يخطئون فى تأويلهم والامام وأهل العدل مصيبون فى قتالهم فهم جميعاً كالمجتهدين من الفقهاء فى الأحكام من شهد منهم قبلت شهادته إذا كان عدلا ، وهذا قول الشافعى ولا أعلم فى قبول شهادتهم خلافا ، فأما الخوارج وأهل البدع اذا خرجوا على الامام فلا تقبل شهادتهم لأنهم فساق .

وقال أبو حنيفة : يفسقون بالبغى وخروجهم على الامام ولكن تقبل شهادتهم لان فسقهم من جهة الدين فلا ترد به الشهادة وقد قبل شهادة الكفار بعضهم على بعض ، ويذكر ذلك فى كتاب الشهادة ان شاء الله تعالى .

( فصل ) ذكر القاضى أنه لا يكره للعادل قتل ذى رحمه الباغى لأنه قتل بحق فأشبه اقامة الحد عليه وكرهت طائفة من أهل العلم القصد الى ذلك وهو أصح ان شاء الله لقوله تعالى (وان جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا ) .

وقال الشافعى كف النبى صلى الله عليه وسلم أبا حذيفة وعتبة عن قتل أبيه ، وقال بعضهم لا يحل ذلك لأن الله تعالى أمر بمصاحبته بالمعروف وليس هذا من المعروف فان قتله فهل يرثه ؟ على روايتين .

احداهما . يرثه هذا قول أبى بكر ومذهب أبى حنيفة لأنه قتل بحق فلم يمنع الميراث كالقصاص والقتل فى الحد . والثانية : لا يرثه ، وهو قول ابن حامد ومذهب الشافعى لعموم قوله عليه السلام « ليس لقاتل شىء » وأما الباغى اذا قتل العادل فلا يرثه ، وهذا قول الشافعى ، وقال أبو حنيفه : يرثه لأنه قتله بتأويل أشبه قتل العادل الباغى .

ولنا أنه قتله بغير حق فلم يرثه كالقاتل خطأ ، وفارق ما اذا قتله العادل لأنه قتله بحق ، وقال قوم اذا تعمد العادل قتل قريبه فقتله ابتداء لم يرثه وان قصد ضربه ليصير غير ممتنع بجرحه ومات من هذا الضرب ورثه لأنه قتله بحق ، وهذا قول ابن المنذر وقال هو أقرب الأقاويل .

« مسأله » قال ( وما أخذوا فى حال امتناعهم من زكاة أو خراج لم يعد عليهم )

وجملته ان اهل البغى اذا غلبوا على بلد فجبوا الخراج والزكاة والجزية واقاموا الحدود وقع ذلك موقعه فاذا ظهر اهل العدل بعد على البلد وظفروا بأهل البغى لم يطالبوا بشيء مما جبوه ولم يرجع به على من اخذ منه ، روى نحو هذا عن ابن عمر وسلمة بن الاكوع ، وهو قول الشافعى وابو ثور واصحاب الرأى وسواء كان من الخوارج او من غيرهم ، وقال ابو عبيد : على من اخذوا منه الزكاة الاعادة لانه اخذها من لا ولاية له صحيحة فأشبه ما لو اخذها آحاد الرعية .

ولنا أن عليا لما ظهر على اهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جبوه وكان ابن عمر اذا اتاه ساعى نجدة الحرورى دفع اليه زكاته .

وكذلك سلمة بن الاكوع ولان فى ترك الاحتساب بها ضرراً عظيما ومشقة كثيرة فانهم قد يغلبون على البلاد السنين الكثيرة فلو لم يحتسب بما اخذوه ادى الى ثنا الصدقات فى تلك المدة كلها .

فاذا ثبت هذا : فاذا ذكر ارباب الصدقات انهم قد اخذوا صدقاتهم قبل قولهم بغير يمين ، قال احمد : لا يستحلف الناس على صدقاتهم ، وان ادعى اهل الذمة دفع جزيتهم لم تقبل بغير بينة لانهم غير مأمونين ، ولان ما يجب عليهم عوض وليس بمواساة فلم يقبل قولهم كأجرة الدار .

ويحتمل ان يقبل قولهم اذا مضى الحول لأن الظاهر ان البغاة لا يدعون الجزية لهم فكان القول قولهم لأن الظاهر معهم ، ولأنه اذا مضى لذلك سنون كثيرة شق عليهم اقامة البينة على كل عام فيؤدى ذلك الى تغريمهم الجزيه مرتين ، وان ادعى من عليه الخراج دفعه اليهم ففيه وجهان .

احدهما : يقبل . لانه حق على مسلم فقبل قوله فيه كالزكاة . والثانى : لا يقبل لانه عوض فأشبه الجزية وان كان من عليه الخراج ذميا فهو كالجزية لانه عوض على غير مسلم فهو كالجزية ولانه احد الخراجين فأشبه الجزية .

« مسألة » قال ( ولا ينقض من حكم حاكمهم الا ما ينقض من حكم غيره )

يعنى اذا نصب اهل البغى قاضيا يصلح للقضاء فحكمه حكم اهل العدل ينفذ من

أحكامه ما ينفذ من أحكام أهل العدل ويرد منه ما يرد، فان كان ممن يستحل دماء أهل العدل وأموالهم لم يجز قضاؤه لأنه ليس بعدل ، وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز قضاؤه بحال لان أهل البغي يفسقون ببغيهم والفسق ينافي القضاء .

ولنا أنه اختلاف في الفروع بتأويل سائغ فلم يمنع صحة القضاء ولم يفسق كاختلاف الفقهاء .

فاذا ثبت هذا فانه إذا حكم بما لا يخالف اجماعا نفذ حكمه ، وان خالف ذلك نقض حكمه فقاضي أهل البغي أولى ، وان حكم بسقوط الضمان عن أهل البغي فيما أتلفوه حال الحرب جاز حكمه لأنه موضع اجتهاد وان كان حكمه فيما أتلفوه قبل قيام الحرب لم ينفذ لأنه مخالف للاجماع وان حكم على أهل العدل بوجوب الضمان فيما أتلفوه حال الحرب لم ينفذ حكمه لمخالفته للاجماع ، وان حكم بوجوب ضمان ما أتلفوه في غير حال الحرب نفذ حكمه ، وان كتب قاضيهم الى قاضي أهل العدل جاز قبول كتابه لأنه قاض ثابت القضايا نافذ الأحكام ، والاولى أن لا يقبله كسراً لقلوبهم .

وقال أصحاب الرأي لا يقبله لان قضاءه لا يجوز ، وقد سبق الكلام في هذا فأما الخوارج اذا ولوا قاضيا لم يجز قضاؤه لأن أقل أحوالهم الفسق والفسق ينافي القضاء ، ويحتمل أن يصح قضاؤه وتنفذ أحكامه لأن هذا مما يتطاول وفي القضاء بفساد قضاياه وعقوده الانكحة وغيرها ضرر كثير فجاز دفعا للضرر كما لو أقام الحدود وأخذ الجزية والخراج والزكاة .

( فصل ) وان ارتكب اهل البغي في حال امتناعهم ما يوجب الحد ثم قدر عليهم أقيمت فيهم حدود الله تعالى ولا تسقط باختلاف الدار ، وبهذا قال مالك والشافعي وابن المنذر ، وقال ابو حنيفة : اذا امتنعوا بدار لم يجب الحد على أحد منهم ولا على من عندهم من تاجر او اسير لانهم خارجون عن دار الامام فأشبهوا من في دار الحرب .

ولنا عموم الآيات والاخبار ولان كل موضع تجب فيه العبادات في اوقاتها تجب الحدود فيه عند وجود اسبابها كدار اهل العدل . ولأنه زان او سارق لا شبهة في زناه وسرقته فوجب عليه الحد كالذي في دار العدل ، وهكذا نقول

فيمن أتى حداً فى دار الحرب ، فإنه يجب عليه لكن لا يقام إلا فى دار الاسلام على ما ذكرناه فى موضعه .

( فصل ) وإذا استعان أهل البغى بالكفار فلا يخلو من ثلاثة أصناف ، أحدهم أهل الحرب فإذا استعانوا بهم أو آمنوهم أو عقدوا لهم ذمة لم يصح واحد منها ، لأن الامان من شرط صحته إلزام كفهم عن المسلمين ، وهؤلاء يشترطون عليهم قتال المسلمين فلا يصح ، ولأهل العدل قتالهم كمن لم يؤمنوه سواء ، وحكم أسيرهم حكم أسير سائر أهل الحرب قبل الاستعانة بهم ، فأما أهل البغى فلا يجوز لهم قتلهم لأنهم آمنوهم فلا يجوز لهم الغدر بهم .

الصنف الثانى : المستأمنون فتى استعانوا بهم فأعانوهم نقضوا عهدهم وصاروا كأهل الحرب لانهم تركوا الشرط ، وهو كفهم عن المسلمين ، فإن فعلوا ذلك مكرهين لم ينتقض عهدهم لان لهم عذراً ، وان ادعوا الاكراه لم يقبل قولهم الا ببينة لان الاصل عدمه .

الصنف الثالث . أهل الذمة فإذا أعانوهم وقاتلوا معهم ففيهم وجهان ذكرهما أبو بكر . أحدهما : ينتقض عهدهم لانهم قاتلوا أهل الحق فينتقض عهدهم كما لو انفردوا بقتالهم ، والثانى لا ينتقض لان أهل الذمة لا يعرفون المحق من المبطل فيكون ذلك شبهة لهم ، وللشافعى قولان كالوجهين .

فإن قلنا ينتقض عهدهم صاروا كأهل الحرب فيما ذكرنا . وان قلنا لا ينتقض عهدهم فحكمهم حكم أهل البغى فى قتل مقبلهم والكف عن أسيرهم ومدبرهم وجريحهم الا أنهم يضمنون ما أتلفوا على أهل العدل حال القتال وغيره بخلاف أهل البغى فانهم لا يضمنون ما أتلفوا حال الحرب ، لانهم أتلفوه بتأويل سائغ وهؤلاء لا تأويل لهم ، ولانه سقط الضمان عن المسلمين كيلا يؤدى الى تنفيرهم عن الرجوع الى الطاعه وأهل الذمة لا حاجة بنا الى ذلك فيهم ، ، وان أكرههم البغاة على معونتهم لم ينتقض عهدهم ، وان ادعوا ذلك قبل قولهم لانهم تحت أيديهم وقدرتهم .

وان قالوا ظننا أن من استعان بنا من المسلمين لزمتنا معونته لم ينتقض عهدهم وان فعل ذلك المستأمنون انتقض عهدهم ، والفرق بينهما أن اهل الذمة أقوى

حكما لان عهدهم مؤبد ولا يجوز نقضه لخوف الخيانة منهم : ويلزم الامام الدفع عنهم والمستأمنون بخلاف ذلك .

( فصل ) واذا ارتد قوم فأتلفوا مالا للمسلمين لزمهم ضمان ما أتلفوه سواء تحيزوا او صاروا فى منعة او لم يصيروا ، ذكره ابو بكر . قال القاضى : وهو ظاهر كلام احمد . وقال الشافعى : حكمهم حكم اهل البغى فيما اتلفوه من الانفس والاموال لان تضمينهم يؤدى الى تنفيرهم عن الرجوع الى الاسلام فأشبهوا اهل البغى . ولنا ما روى عن ابى بكر رضى الله عنه انه قال لاهل الردة حين رجعوا تردون علينا ما اخذتم منا ولا نرد عليكم ما اخذنا منكم وان تدوا قتلانا ولا ندى قتلاكم ، قالوا نعم يا خليفة رسول الله ، فقال عمر . كل ما قلت كما قلت الا ان يدوا ما قتل منا فلا : لانهم قوم قتلوا فى سبيل الله واستشهدوا ، ولانهم اتلفوه بغير تأويل فأشبهوا اهل الذمة . فاما القتلى فحكمهم فيهم حكم اهل البغى لما ذكرنا من خبر ابى بكر وعمر ، ولان طليحة الاسدى قتل عكاشة بن محصن الاسدى وثابت بن اثرم فلم يغرمها ، وبنو حنيفة قتلوا من قتلوا من المسلمين يوم اليمامة فلم يغرموا شيئا .

ويحتمل ان يحمل قول احمد وكلامه فى المال على وجوب رد ما فى ايديهم دون ما اتلفوه ، وعلى من اتلف من غير ان يكون له منعة او اتلف فى غير الحرب ، وما اتلفوه حال الحرب فلا ضمان عليهم فيه لانه اذا سقط ذلك عن اهل البغى كيلا يؤدى الى تنفيرهم عن الرجوع الى الطاعة فلأن يسقط ذلك كيلا يؤدى الى التنفير عن الاسلام اولى ، ولانهم اذا امتنعوا صاروا كفاراً ممتنعين بدارهم فاشبهو اهل الحرب ، ويحمل قول ابى بكر على ما بقى فى ايديهم من المال فيكون مذهب احمد ومذهب الشافعى فى هذا سواء ، وهذا اعدل واصح ان شاء الله تعالى

فأما من لا منعة له فيضمن ما اتلف من نفس ومال كالواحد من المسلمين او اهل الذمة لانه لا منعة له ولا يكثر ذلك منه فبقى المال والنفس بالنسبه اليه على عصمته ووجوب ضمانه والله اعلم .

# كتاب المرتد

المرتد هو الراجع عن دين الاسلام الى الكفر ، قال الله تعالى ( ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ) وقال النبى (ص) «من بدل دينه فاقتلوه» وأجمع أهل العلم على وجوب قتل المرتد ، وروى ذلك عن أبى بكر وعمر وعثمان وعلى ومعاذ وابى موسى وابن عباس وخالد وغيرهم ولم ينكر ذلك فكان إجماعا .

« مسألة » قال ( ومن ارتد عن الإسلام من الرجال والنساء وكان بالغاً عاقلا دعى اليه ثلاثة أيام وضيق عليه ، فإن رجع والا قتل )

فى هذه المسألة فصول خمسة . أحدها : أنه لا فرق بين الرجال والنساء فى وجوب القتل ، روى ذلك عن أبى بكر وعلى رضى الله عنهما ، وبه قال الحسن والزهرى والنخعى ومكحول وحماد ومالك والليث والأوزاعى والشافعى وإسحاق وروى عن على والحسن وقتادة أنها تسترق لا تقتل ، ولأن أبا بكر استرق نساء بنى حنيفة وذراريهم ، وأعطى علياً منهم امرأة فولدت له محمد بن الحنفية ، وكان هذا بمحضر من الصحابة فلم ينكر فكان اجماعا .

وقال ابو حنيفة : تجبر على الاسلام بالحبس والضرب ولا تقتل ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « لا تقتلوا امرأة » ولأنها لا تقتل بالكفر الاصلى فلا تقتل بالطارىء كالصبى .

ولنا قوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » رواه البخارى وابو داود وقال النبى صلى الله عليه وسلم « لا يحل دم امرى مسلم الا باحدى ثلاث : الثيب الزانى ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » متفق عليه ، وروى الدارقطنى أن امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الاسلام فبلغ أمرها الى النبى (ص) فأمر أن تستتاب فان تابت والا قتلت ولأنها شخص مكلف بدل دين الحق بالباطل فيقتل كالرجل ، وأما نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قتل المرأة فالمراد

به الأصلية فإنه قال ذلك حين رأى امرأة مقتوله وكانت كافرة أصلية، ولذلك نهى الذين بعثهم إلى ابن أبي الحقيق عن قتل النساء ولم يكن فيهم مرتد، ويخالف الكفر الأصلي الطارىء بدليل أن الرجل يقر عليه ، ولا يقتل أهل الصوامع والشيوخ والمكافيف ولا تجبر المرأة على تركه بضرب ولا حبس ، والكفر الطارىء بخلافه والصبي غير مكلف بخلاف المرأة

وأما بنو حنيفة فلم يثبت أن من استرق منهم تقدم له إسلام ولم يكن بنو حنيفة أسلموا كلهم وإنما أسلم بعضهم، والظاهر أن الذين أسلموا كانوا رجالا فمنهم من ثبت على إسلامه ، منهم ثمامة بن اثال ومنهم من ارتد ، منهم الدجال الحنفي

الفصل الثاني : أن الردة لا تصح إلا من عاقل، فأما من لا عقل له كالطفل الذي لا عقل له والمجنون ومن زال عقله باغماء او نوم أو مرض أو شرب دواء يباح شربه فلا تصح ردته ولا حكم لكلامه بغير خلاف

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المجنون اذا ارتد في حال جنونه أنه مسلم على ما كان عليه قبل ذلك ، ولو قتله قاتل عمداً كان عليه القود إذا طلب أولياؤه، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق » أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن لأنه غير مكلف فلم يؤاخذ بكلامه كما لو لم يؤاخذ به في إقراره ولا طلاقه ولا اعتاقه . وأما السكران والصبي العاقل فنذكر حكمها فيما بعد ان شاء الله

الفصل الثالث : أنه لا يقتل حتى يستتاب ثلاثا ، هذا قول أكثر أهل العلم منهم عمر وعلي وعطاء والنخعي ومالك والثوري والاوزاعي واسحاق وأصحاب الرأي وهو أحد قولي الشافعي، وروى عن أحمد رواية أخرى أنه لا تجب استتابته لكن تستحب ، وهذا القول الثاني للشافعي وهو قول عبيد بن عمير وطاوس ، ويروى ذلك الحسن لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من بدل دينه فاقتلوه » ولم يذكر استتابته .

وروى أن معاذاً « قدم على أبي موسى فوجد عنده رجلا موثقا فقال ما هذا ؟ قال رجل كان يهوديا فأسلم ثم راجع دينه دين السوء فتهود ، قال لا أجلس حتى

يقتل ، قضاء الله ورسوله ، قال اجلس قال لا اجلس حتى يقتل قضاء الله ورسوله ثلاث مرات ، فأمر به فقتل متفق عليه ، ولم يذكر استتابته ولأنه يقتل لكفره فلم تجب استتابته كالأصلي ، ولأنه لو قتل قبل الاستتابة لم يضمن ولو حرم قتله قبله ضمن . وقال عطاء: إن كان مسلماً أصليا لم يستتب، وان كان أسلم ثم ارتد استتيب

ولنا حديث أم مروان أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أن يستتاب ، وروى مالك فى الموطأ عن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن عبد القارى عن أبيه أنه قدم على عمر رجل من قبل أبي موسى فقال له عمر هل كان من مغربة خبر ؟ قال نعم رجل كفر بعد إسلامه ، فقال ما فعلتم به ؟ قال قربناه فضربنا عنقه ، فقال عمر فهلا حبستموه ثلاثا فأطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه لعله يتوب أو يراجع أمر الله ؟ اللهم إنى لم أحضر ولم آمر ولم أرض اذ بلغنى ، ولو لم تجب استتابته لما برىء من فعلهم، ولأنه أمكن استصلاحه فلم يجز إتلافه قبل استصلاحه كالثوب النجس وأما الامر بقتله فالمراد به بعد الاستتابة بدليل ما ذكرنا ، وأما حديث معاذ فإنه قد جاء فيه : وكان قد استتيب

ويروى « أن أبا موسى استتابه شهرين قبل قدوم معاذ عليه، وفى رواية فدعاه عشرين ليلة أو قريبا من ذلك، فجاء معاذ فدعاه وأبى فضرب عنقه، رواه أبو داود ولا يلزم من تحريم القتل وجوب الضمان ، بدليل نساء أهل الحرب وصبيانهم وشيوخهم، اذا ثبت وجوب الاستتابة فمدتها ثلاثة أيام، روى ذلك عن عمر رضى الله عنه وبه قال مالك واسحاق وأصحاب الرأى ، وهو احد قولى الشافعى

وقال فى الآخر : ان تاب فى الحال والا قتل مكانه، وهذا اصح قوليه، وهو قول ابن المنذر لحديث أم مروان ومعاذ ولانه مصر على كفره اشبه بعد الثلاث ، وقال الزهرى يدعى ثلاث مرات فإن ابى ضربت عنقه، وهذا يشبه قول الشافعى وقال النخعى يستتاب ابداً ، وهذا يفضى الى ان لا يقتل ابدا وهو مخالف للسنة والإجماع ، وعن على انه استتاب رجلا شهرا .

ولنا حديث عمر ولأن الردة إنما تكون لشبهة ولا تزول فى الحال فوجب ان ينتظر مدة يرتئى فيها واولى ذلك ثلاثة أيام للأثر فيها وانها مدة قريبة وينبغى

أن يضيق عليه فى مدة الاستتابة ويحبس لقول عمر هلا حبستموه وأطعمتموه كل يوم رغيفا ؟ ويكرر دعايته لعله يتعطف قلبه فيراجع دينه .

الفصل الرابع : أنه إن لم يتب قتل لما قدمنا ذكره وهو قول عامة الفقهاء ويقتل بالسيف لانه آلة القتل ولا يحرق بالنار ، وقد روى عن أبى بكر الصديق (رض) أنه أمر بتحريق المرتدين وفعل ذلك بهم خالد ، والاول أولى لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من بدل دينه فاقتلوه ولا تعذبوا بعذاب الله » يعنى النار أخرجه البخارى وأبو داود ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم « إن الله كتب الاحسان على كل شىء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة » .

الفصل الخامس : أن مفهوم كلام الخرقى أنه إذا تاب قبلت توبته ولم يقتل أى كفر كان وسواء كان زنديقا يستتر بالكفر أو لم يكن ، وهذا مذهب الشافعى والعنبرى ويروى ذلك عن على وابن مسعود وهو إحدى الروايتين عن أحمد واختيار أبى بكر الخلال وقال إنه أولى على مذهب أبى عبد الله .

والرواية الاخرى : لا تقبل توبة الزنديق ومن تكررت ردته ، وهو قول مالك والليث وإسحاق ، وعن أبى حنيفه روايتان كهاتين وأخبار أبو بكر أنه لاتقبل توبةالزنديق لقول الله تعالى ( الا الذين تابوا وأصلحوا وبينوا ) والزنديق لا تظهر منه علامة تبين رجوعه وتوبته لأنه كان مظهراً للاسلام مسراً للكفر فإذا وقف على ذلك فأظهر التوبة لم يزد على ما كان منه قبلها وهو اظهار الاسلام وأما من تكررت ردته فقد قال الله تعالى ( ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفراً لم يكن الله ليغفر لهم ولا ليهديهم سبيلا ) .

وروى الأثرم بإسناده عن ظبيان بن عمارة أن رجلا من بنى سعد مر على مسجد بنى حنيفة فإذا هم يقرءون برجز مسيلمة فرجع الى ابن مسعود فذكر ذلك له فبعث اليهم فأتى بهم فاستتابهم فتابوا فخلى سبيلهم الا رجلا منهم يقال له ابن النواحة قال قد أتيت بك مرة فزعمت أنك قد تبت وأراك قد عدت فقتله . ووجه الرواية الاولى قول الله تعالى ( قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ) .

وروى أن رجلا سار رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ساره به حتى جهر

رسول الله صلى الله عليه وسلم فإذا هو يستأذنه فى قتل رجل من المسلمين فقال رسول الله (ص) «أليس يشهد أن لا إله إلا الله ؟» قال بلى ولا شهادة له ، قال «أليس يصلى ؟» قال بلى ولا صلاة له ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أولئك الذين نهانى الله عن قتلهم» وقد قال الله تعالى ( ان المنافقين فى الدرك الاسفل من النار ولن تجد لهم نصيراً إلا الذين تابوا ) .

وروى أن مخش بن حمير كان فى النفر الذين أنزل الله فيهم ( ولئن سألتهم ليقولن انما كنا نخوض ونلعب ) فأتى النبي صلى الله عليه وسلم وتاب الى الله تعالى فقبل الله توبته وهو الطائفة التى عفى الله تعالى بقوله ( ان نعف عن طائفة منكم نعذب طائفة ) فهو الذى عفا الله عنه وسأل الله تعالى أن يقتل فى سبيله ولا يعلم بمكانه فقتل يوم اليمامة ولم يعلم موضعه ولأن النبي صلى الله عليه وسلم كف عن المنافقين بما أظهروا من الشهادة مع إخبار الله تعالى له بباطنهم بقوله تعالى (ويحلفون بالله إنهم لمنكم وما هم منكم ولكنهم قوم يفرقون ) وغيرها من الآيات .

وحديث ابن مسعود حجة فى قبول توبتهم مع إستمرارهم بكفرهم ، وأما قتله ابن النواحة فيحتمل أنه قتله لظهور كذبه فى توبته لأنه أظهرها وتبين أنه ما زال عما كان عليه من كفره . ويحتمل أنه قتله لقول النبي صلى الله عليه وسلم له حين جاء رسولا لمسيلمة «لولا أن الرسل لا تقتل لقتلتك» فقتله تحقيقاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد روى أنه قتله لذلك .

وفى الجملة فالخلاف بين الأئمة فى قبول توبتهم فى الظاهر من أحكام الدنيا من ترك قتلهم وثبوت أحكام الإسلام فى حقهم ، وأما قبول الله تعالى لها فى الباطن وغفرانه لمن تاب وأقلع ظاهراً أم باطناً فلا خلاف فيه فإن الله تعالى قال فى المنافقين ( إلا الذين تابوا وأصلحوا واعتصموا بالله وأخلصوا دينهم لله فأولئك مع المؤمنين وسوف يؤت الله المؤمنين أجراً عظيما ) :

( فصل ) وقتل المرتد الى الامام حراً كان أو عبداً وهذا قول عامة أهل العلم إلا الشافعى فى أحد الوجهين فى العبد فإن لسيده قتله لقول النبي صلى الله عليه وسلم «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم» ولأن حفصة قتلت جارية سحرتها ولأنه حق الله تعالى فلك السيد اقامته على عبده كجلد الزانى .

ولنا أنه قتل لحق الله تعالى فكان الى الامام كرجم الزانى وكقتل الحر ، وأما قوله « وأقيموا الحدود » فلا يتناول القتل للردة فإنه قتل لكفره لا حداً فى حقه وأما خبر حفصة فان عثمان تغيظ عليها وشق ذلك عليه .

وأما الجلد فى الزنا فانه تأديب وللسيد تأديب عبده بخلاف القتل فان قتله غير الامام أساء ولا ضمان عليه لأنه محل غير معصوم وسواء قتله قبل الاستتابة أو بعدها لذلك وعلى من فعل ذلك التعزير لاساءته وافتياته .

« مسألة » قال ( وكان ماله فيئا بعد قضاء دينه )

وجملته أن المرتد اذا قتل أو مات على ردته فانه يبدأ بقضاء دينه وارش جنايته ونفقة زوجته وقريبه لان هذه الحقوق لا يجوز تعطيلها وأولى ما يوجد من ماله وما بقى من ماله فهو فىء يجعل فى بيت المال .

وعن أحمد رواية اخرى تدل على انه لورثته من المسلمين وعنه انه لقرابته من اهل الدين الذى انتقل اليه . وقد مضت هذه المسألة مستوفاة فى الفرائض بما اغنى عن ذكرها ههنا .

( فصل ) ولا يحكم بزوال ملك المرتد بمجرد ردته فى قول اكثر اهل العلم ، قال ابن المنذر : اجمع على هذا كل من نحفظ عنه من اهل العلم ، فعلى هذا ان قتل او مات زال ملكه بموته وان راجع الاسلام فملكه باق له .

وقال ابو بكر : يزول ملكه بردته ، وان راجع الاسلام عاد اليه تمليكا مستأنفا لان عصمة نفسه وماله انما تثبت باسلامه فزوال اســلامه يزيل عصمتهما كما لو لحق بدار الحرب ولان المسلمين ملكوا اراقة دمه بردته فوجب ان يملكوا ماله بها ؛ وقال اصحاب ابى حنيفة : ماله موقوف ان اســلم تبينا بقاء ملكه وان مات او قتل على ردته تبينا زواله من حين ردته ، قال الشريف ابو جعفر : هذا ظاهر كلام احمد ، وعن الشافعى ثلاثة اقوال كهذه الثلاثة .

ولنا انه سبب يبيح دمه فلم يزل ملكه كزنا المحصن والقتل لمن يكافئه عمدا وزوال العصمة لا يلزم منه زوال الملك بدليل الزانى المحصن والقاتل فى المحاربة

وأهل الحرب فإن ملكهم ثابت مع عصمتهم ولو لحق المرتد بدار الحرب لم يزل ملكه لكن يباح قتله لكل واحد من غير استتابة وأخذ ماله لمن قدر عليه لأنه صار حربياً حكمه حكم أهل الحرب ، وكذلك لو ارتد جماعة وامتنعوا فى دارهم عن طاعة إمام المسلمين زالت عصمتهم فى أنفسهم وأموالهم . لأن الكفار الأصليين لا عصمة لهم فى دارهم فالمرتد أولى .

## فصــــل

ويؤخذ مال المرتد فيجعل عند ثقة من المسلمين وان كان له إماء جعلن عند إمرأة ثقة لأنهن محرمات عليه فلا يمكن منهن .

وذكر القاضى أنه يؤجر عقاره وعبيده وإماءه والأولى أن لا يفعل لأن مدة انتظاره قريبة ليس فى انتظاره فيها ضرر فلا يفوت عليه منافع ملكه فيما لا يرضاه من أجلها فإنه ربما راجع الاسلام فيمتنع عليه التصرف فى ماله بإجارة الحاكم له وان لحق بدار الحرب أو تعذر قتله مدة طويلة فعل الحاكم ما يرى الحظ فيه من بيع الحيوان الذى يحتاج الى النفقة وغيره واجارة ما يرى إبقاءه، والمكاتب يؤدى الى الحاكم فإذا أدى عتق لأنه نائب عنه .

( فصل ) وتصرفات المرتد فى ردته بالبيع والهبة والعتق والتدبير والوصية ونحو ذلك موقوف ان أسلم تبينا أن تصرفه كان صحيحا ، وان قتل أو مات على ردته كان باطلا ، وهو قول أبى حنيفة ، وعلى قول أبى بكر : تصرفه باطل لأن ملكه قد زال بردته وهذا أحد أقوال الشافعى .

وقال فى الآخر : ان تصرف قبل الحجر عليه انبنى على الأقوال الثلاثة ، وان تصرف بعد الحجر عليه لم يصح تصرفه كالسفيه .

ولنا : أن ملكه تعلق به حق غيره مع بقاء ملكه فيه فكان تصرفه موقوفا كتبرع المريض .

( فصل ) وان تزوج لم يصح تزوجه . لأنه لا يقر على النكاح وما منع الاقرار على النكاح منع انعقاده كنكاح الكافر المسلمة ، وان زوج لم يصح تزويجه لأن ولايته على موليته قد زالت بردته . وان زوج أمته لم يصح ، لان النكاح لا يكون موقوفا ، ولان النكاح وان كان فى الامه فلا بد فى عقده من ولاية صحيحة بدليل

أن المرأة لا يجوز أن تزوج أمتها ، وكذلك الفاسق والمرتد لا ولاية له فإنه أدنى حالا من الفاسق الكافر .

( فصل ) وان وجد من المرتد سبب يقتضي الملك كالصيد والاحتشاش والاتهاب والشراء وايجار نفسه اجارة خاصة أو مشتركة ثبت الملك له لأنه أهل الملك وكذلك تثبت أملاكه . ومن قال : ان ملكه يزول لم يثبت له ملكا لأنه ليس بأهل للملك ، ولهذا زالت أملاكه الثابتة له ، فإن راجع الاسلام احتمل أن لا يثبت له شيء أيضا ، لان السبب لم يثبت حكمه ، واحتمل أن يثبت الملك له حينئذ لان السبب موجود وانما امتنع ثبوت حكمه لعدم أهليته فإذا وجدت تحقق الشرط فيثبت الملك حينئذ كما تعود اليه املاكه التي زالت عنه عند عدم اهليته . فعلى هذا ان مات او قتل ثبت الملك لمن ينتقل اليه ملكه لأن هذا في معناه .

## فصـــل

وان لحق المرتد بدار الحرب فالحكم فيه كالحكم فيمن هو في دار الاسلام الا ان ما كان معه من ماله يصير مباحا لمن قدر عليه كما أبيح دمه ، وأما املاكه وماله الذي في دار الاسلام فملكه ثابت فيه ويتصرف فيه الحاكم بما يرى المصلحة فيه . وقال ابو حنيفة : يورث ماله كما لو مات لانه قد صار في حكم الموتى بدليل حل دمه وماله الذي معه لكل من قدر عليه .

ولنا انه حي فلم يورث كالحربي الأصلي ، وحل دمه لا يوجب توريث ماله بدليل الحربي الاصلي ، وانما حل ماله الذي معه لانه زال العاصم له فأشبه مال الحربي الذي في دار الحرب ، واما الذي في دار الاسلام فهو باق على العصمة كمال الحربي الذي مع مضاربه في دار الاسلام او عند مودعه .

( مسألة ) قال ( ومن ترك الصلاة دعي اليها ثلاثة ايام فإن صلى والا قتل ، جاحداً تركها او غير جاحد )

قد سبق شرح هذه المسألة في باب مفرد لها ولاخلاف بين اهل العلم في كفر من تركها جاحداً لوجوبها إذا كان ممن لا يجهل مثله ذلك ، فإن كان ممن لا يعرف الوجوب كحديث الاسلام والناشيء بغير دار الاسلام او بادية بعيدة عن الامصار

وأهل العلم لم يحكم بكفره وعرف ذلك وتثبت له أدلة وجوبها ، فإن جحدها بعد ذلك كفر ، وأما إذا كان الجاحد لها ناشئا فى الأمصار بين أهل العلم فإنه يكفر بمجرد جحدها ، وكذلك الحكم فى مبانى الاسلام كلها ، وهى الزكاة والصيام والحج لأنها مبانى الاسلام ، وأدلة وجوبها لا تكاد تخفى . إذ كان الكتاب والسنة مشحونين بأدلتها والإجماع منعقد عليها فلا يجحدها إلا معاند للاسلام يمتنع من التزام الأحكام غير قابل لكتاب الله تعالى ولا سنة رسوله ولا إجماع أمته .

## فصل

ومن اعتقد حل شيء أجمع على تحريمه وظهر حكمه بين المسلمين وزالت الشبهة فيه للنصوص الواردة فيه ، كلحم الخنزير والزنا ، وأشباه هذا مما لا خلاف فيه كفر لما ذكرنا فى تارك الصلاة . وان استحل قتل المعصومين وأخذ أموالهم بغير شبهة ولا تأويل فكذلك ، وإن كان بتأويل كالخوارج فقد ذكرنا أن أكثر الفقهاء لم يحكموا بكفرهم مع استحلالهم دماء المسلمين وأموالهم وفعلهم لذلك متقربين به إلى الله تعالى ، وكذلك لم يحكم بكفر ابن ملجم مع قتله أفضل الخلق فى زمنه متقربا بذلك ، ولا يكفر المادح له على هذا المتمنى مثل فعله ، فان عمران بن حطان قال فيه يمدحه لقتل علي :

يا ضربة من تقي ما أراد بها إلا ليبلغ عند الله رضوانا
إني لأذكره يوما فأحسبه أوفى البرية عند الله ميزانا

وقد عرف من مذهب الخوارج تكفير كثير من الصحابة ومن بعدهم واستحلال دمائهم وأموالهم واعتقادهم التقرب بقتلهم الى ربهم ، ومع هذا لم يحكم الفقهاء بكفرهم لتأويلهم : وكذلك يخرج فى كل محرم استحل بتأويل مثل هذا ، وقد روى ان قدامه بن مظعون شرب الخمر مستحلا لها ، فأقام عمر عليه الحد ولم يكفره ، وكذلك ابو جندل بن سهيل وجماعة معه شربوا الخمر بالشام مستحلين لها مستدلين بقول الله تعالى ( ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا ) الآية ، فلم يكفروا وعرفوا تحريمها فتابوا وأقيم عليهم الحد ، فيخرج فيمن كان مثلهم مثل حكمهم . وكذلك كل جاهل بشيء يمكن ان يجهله لا يحكم بكفره حتى يعرف ذلك وتزول عنه الشبهة ويستحله بعد ذلك .

وقد قال أحمد : من قال الخمر حلال فهو كافر يستتاب فإن تاب وإلا ضربت عنقه ، وهذا محمول على من لا يخفى على مثله تحريمه لما ذكرنا ، فأما ان أكل لحم خنزير أو ميتة أو شرب خمراً لم يحكم بردته بمجرد ذلك ، سواء فعله فى دار الحرب أو دار الاسلام ، لأنه يجوز أن يكون فعله معتقداً تحريمه كما يفعل غير ذلك من المحرمات .

« مسألة » قال ( وذبيحة المرتد حرام وإن كانت ردته إلى دين أهل الكتاب )

هذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأى . وقال اسحاق : ان تدين بدين أهل الكتاب حلت ذبيحته ، ويحكى ذلك عن الأوزاعى لأن علياً رضى الله عنه قال : من تولى قوماً فهو منهم .

ولنا أنه كافر لا يقر على دينه فلم تحل ذبيحته كالوثنى ولأنه لا تثبت له أحكام أهل الكتاب إذا تدين بدينهم فإنه لا يقر بالجزية ولا يسترق ولا يحل نكاح المرتدة ، وأما قول على فهو منهم ، فلم يرد به انه منهم فى جميع الاحكام ، بدليل ما ذكرنا ، ولأنه لم يكن يرى حل ذبائح نصارى بنى تغلب ولا نكاح نسائهم مع توليهم للنصارى ودخولهم فى دينهم ومع إقرارهم بما صولحوا عليه ، فلأن لا يعتقد ذلك فى المرتدين أولى .

إذا ثبت هذا فإنه إذا ذبح حيوانا لغيره بغير اذنه ضمنه بقيمته حياً لأنه أتلفه عليه وحرمه ، وان ذبحه باذنه لم يضمنه لأنه أذن فى إتلافه .

« مسألة » قال ( والصبي إذا كان له عشر سنين وعقل الاسلام فأسلم فهو مسلم )

وجملته أن الصبي يصح إسلامه فى الجملة ، وبهذا قال أبو حنيفة وصاحباه وإسحاق وابن أبى شيبة وأبو أيوب . وقال الشافعى وزفر : لا يصح إسلامه حتى يبلغ لقول النبى صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ » حديث حسن ، ولأنه قول تثبت به الأحكام فلم يصح من الصبي كالهبة ولأنه أحد من رفع القلم عنه فلم يصح إسلامه كالمجنون والنائم ولأنه ليس بمكلف أشبه الطفل

ولنا عموم قوله عليه السلام « من قال لا اله الا الله دخل الجنة » وقوله « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فإذا قالوها عصموا منى دماءهم

وأموالهم الا بحقها وحسابهم على الله وقال عليه السلام «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه حتى يعرب عنه لسانه اما شاكراً واما كفوراً»

وهذه الأخبار يدخل فى عمومها الصبى ، ولأن الاسلام عبادة محضة فصحت من الصبى العاقل كالصلاة والحج ، ولأن الله تعالى دعا عباده الى دار السلام ، وجعل طريقها الاسلام ، وجعل من لم يجب دعوته فى الجحيم والعذاب الأليم ، فلا يجوز منع الصبى من اجابة دعوة الله مع اجابته اليها وسلوكه طريقها ، ولا الزامه بعذاب الله والحكم عليه بالنار وسد طريق النجاة عليه مع هربه منها ، ولأن ما ذكرناه اجماع فإن عليا رضى الله عنه أسلم صبيا وقال :

سبقتكم الى الاسلام طرا صبيا ما بلغت أوان حلم

ولهذا قيل : أول من أسلم من الرجال ابو بكر ومن الصبيان على ومن النساء خديجة ومن العبيد بلال . وقال عروة : أسلم على والزبير وهما ابنا ثمان سنين ، وبايع النبى صلى الله عليه وسلم ابن الزبير لسبع أو ثمان سنين ، ولم يرد النبى (ص) على أحد اسلامه من صغير أو كبير

فأما قول النبى صلى الله عليه «رفع القلم عن ثلاث» فلا حجة لهم فيه ، فإن هذا يقتضى ان لا يكتب عليه ذلك والاسلام يكتب له لا عليه ويسعد به فى الدنيا والآخرة فهو كالصلاة تصح منه وتكتب له وان لم تجب عليه ، وكذلك غيرها من العبادات المحضة

فإن قيل فان الاسلام يوجب الزكاة عليه فى ماله ونفقة قريبه المسلم ويحرمه ميراث قريبه الكافر ويفسخ نكاحه ، قلنا : أما الزكاة فانها نفع لأنها سبب الزيادة والنماء وتحصين المال والثواب ، وأما الميراث والنفقة فأمر متوهم وهو مجبور بميراثه من أقاربه المسلمين وسقوط نفقة اقاربه الكفار ، ثم ان هذا الضرر مغمور فى جنب ما يحصل له من سعادة الدنيا والآخرة وخلاصه من شقاء الدارين والخلود فى الجحيم فينزل منزلة الضرر فى أكل القوت المتضمن فوت ما يأكله وكلفة تحريك فيه لما كان بقاؤه به لم يعد ضرراً ، والضرر فى مسألتنا فى جنب ما يحصل من النفع ادنى من ذلك بكثير

اذا ثبت هذا فان الخرقى اشترط لصحة اسلامه شرطين

أحدهما أن يكون له عشر سنين ، لان النبى صلى الله عليه وسلم أمر بضربه على الصلاة لعشر .

والثانى أن يعقل الاسلام ، ومعناه أن يعلم أن الله تعالى ربه لا شريك له ، وأن محمداً عبده ورسوله . وهذا لاخلاف فى اشتراطه ، فإن الطفل الذى لا يعقل لا يتحقق منه اعتقاد الاسلام ، وإنما كلامه لقلقة بلسانه لا يدل على شيء ، وأما اشتراطه العشر فإن أكثر المصححين لإسلامه لم يشترطوا ذلك ولم يحدوا له حداً من السنين . وحكاه ابن المنذر عن أحمد . لأن المقصود متى ما حصل لا حاجة الى زيادة عليه ، وروى عن أحمد : اذا كان ابن سبع سنين فإسلامه اسلام ، وذلك لأن النبى ص) قال « مروهم بالصلاة لسبع » فدل على أن ذلك حد لأمرهم وصحة عباداتهم فيكون حداً لصحة اسلامهم .

وقال ابن أبى شيبة : اذا أسلم وهو ابن خمس سنين جعل اسلامه اسلاماً ولعله يقول ان عليا عليه السلام أسلم وهو ابن خمس سنين . لانه قد قيل انه مات وهو ابن ثمان وخمسين ، فعلى هذا يكون اسلامه وهو ابن خمس . لان مدة النبى (ص) منذ بعث الى أن مات ثلاث وعشرون سنة . وعاش على بعد ذلك ثلاثين سنة ، فذلك ثلاث وخمسون . فإذا ضممت اليها خمسا كانت ثمانية وخمسون .

وقال أبو أيوب . أجيز اسلام ابن ثلاث سنين . من أصاب الحق من صغير أو كبير أجزناه . وهذا لا يكاد يعقل الاسلام ولا يدرى ما يقول ولا يثبت لقوله حكم فإذا وجد ذلك منه ودلت أحواله وأقواله على معرفة الاسلام وعقله اياه صح منه كغيره والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ فإن رجع وقال : لم أدر ما قلت لم يلتفت الى قوله وأجبر على الاسلام ﴾

وجملته أن الصبى اذا أسلم وحكمنا بصحة اسلامه لمعرفتنا بعقله بأدلته فرجع وقال لم أدر ما قلت لم يقبل قوله ولم يبطل اسلامه الاول ، وروى عن أحمد أنه يقبل منه ولا يجبر على الاسلام : قال أبو بكر: هذا قول محتمل لان الصبى فى مظنة النقص فيجوز أن يكون صادقا ، قال والعمل على الاول لانه قد ثبت عقله للاسلام

ومعرفته به بأفعاله أفعال العقلاء وتصرفاته تصرفاتهم وتكلمه بكلامهم، وهذا يحصل به معرفة عقله ولهذا اعتبرنا رشده بعد بلوغه بأفعاله وتصرفاته، وعرفنا جنون المجنون وعقل العاقل بما يصدر عنه من أفعاله وأقواله وأحواله. فلا يزول ما عرفناه بمجرد دعواه. وهكذا كل من تلفظ بالاسلام أو أخبر عن نفسه به ثم أنكر معرفته بما قال لم يقبل إنكاره وكان مرتدا، نص عليه أحمد فى مواضع

اذا ثبت هذا فإنه اذا ارتد صحت ردته، وبهذا قال أبو حنيفة. وهو الظاهر من مذهب مالك، وعند الشافعي لا يصح إسلامه ولا ردته. وقد روى عن أحمد أنه يصح إسلامه ولا تصح ردته لقوله عليه السلام «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يبلغ» وهذا يقتضى أن لا يكتب عليه ذنب ولا شيء، ولو صحت ردته لكتبت عليه

وأما الإسلام فلا يكتب عليه إنما يكتب له. ولأن الردة أمر يوجب القتل فلم يثبت حكمه فى حق الصبي كالزنا، ولأن الاسلام إنما صح منه لانه تمحض مصلحة فأشبه الوصية والتدبير والردة تمحضت مضرة ومفسدة فلم تلزم صحتها منه. فعلى هذا حكمه حكم من لم يرتد فإذا بلغ فإن أصر على الكفر كان مرتدا حينئذ

«مسألة» قال (ولا يقتل حتى يبلغ ويجاوز بعد بلوغه ثلاثة أيام. فإن ثبت على كفره قتل)

وجملته أن الصبي لا يقتل سواء قلنا بصحة ردته أو لم نقل، لان الغلام لا يجب عليه عقوبة بدليل أنه لا يتعلق به حكم الزنا والسرقة فى سائر الحدود ولا يقتل قصاصا. فاذا بلغ فثبت على ردته ثبت حكم الردة حينئذ فيستتاب ثلاثا، فان تاب والا قتل، سواء قلنا إنه كان مرتدا قبل بلوغه او لم نقل. وسواء كان مسلما أصليا فارتد او كان كافرا فأسلم صبيا ثم ارتد

«مسألة» قال (واذا ارتد الزوجان ولحقا بدار الحرب لم يجر عليهما ولا على احد من اولادهما ممن كانوا قبل الردة رق)

وجملته ان الرق لا يجرى على المرتد سواء كان رجلا او امرأة، وسواء لحق بدار الحرب او أقام بدار الاسلام وبهذا قال الشافعي، وقال ابو حنيفة: اذا لحقت

المرتدة بدار الحرب جاز استرقاقها لأن أبا بكر سبى بنى حنيفة واسترق نساءهم وأم محمد بن الحنفية من سبيهم .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من بدل دينه فاقتلوه » ولأنه لا يجوز إقراره على كفره فلم يجز استرقاقه كالرجل ولم يثبت أن الذين سباهم أبو بكر كانوا أسلموا . ولا ثبت لهم حكم الردة .

فإن قيل . فقد روى عن على أن المرتدة تسبى ، قلنا : هذا الحديث ضعيف ضعفه أحمد . فأما أولاد المرتدين فإن كانوا ولدوا قبل الردة فإنهم محكوم بإسلامهم تبعا لآبائهم ولا يتبعونهم فى الردة لأن الاسلام يعلو وقد تبعوهم فيه فلا يتبعونهم فى الكفر فلا يجوز استرقاقهم صغاراً لانهم مسلمون . ولا كباراً لانهم ان ثبتوا على إسلامهم بعد كفرهم فهم مسلمون وان كفروا فهم مرتدون حكمهم حكم آبائهم فى الاستتابة وتحريم الاسترقاق .

وأما من حدث بعد الردة فهو محكوم بكفره لأنه ولد بين أبوين كافرين ويجوز استرقاقه . لانه ليس بمرتد . نص عليه أحمد : وهو ظاهر كلام الخرقى وأبى بكر . ويحتمل أن لا يجوز استرقاقهم لان آباءهم لا يجوز استرقاقهم ولانهم لا يقرون بالجزية فلا يقرون بالاسترقاق ، وهذا مذهب الشافعى .

وقال أبو حنيفة : إن ولدوا فى دار الاسلام لم يجز استرقاقهم ، وان ولدوا فى دار الحرب جاز استرقاقهم .

ولنا أنهم لم يثبت لهم حكم الاسلام فجاز استرقاقهم كولد الحربيين بخلاف آبائهم فعلى هذا إذا وقع فى الأسر بعد لحوقه بدار الحرب ، فحكمه حكم سائر أهل دار الحرب وان كان فى دار الاسلام لم يقر بالجزية . وكذلك لو بذل الجزية بعد لحوقه بدار الحرب لم يقر بها لأنه انتقل الى الكفر بعد نزول القرآن . فأما من كان حملا حين ردته فظاهر كلام الخرقى أنه كالحادث بعد كفره وعند الشافعى هو كالمولود لأنه موجود ولهذا يرث .

ولنا أن أكثر الأحكام إنما تتعلق به بعد الوضع فكذلك هذا الحكم .

« مسأله » قال ( ومن امتنع منهما أو من أولادهما الذين وصفت من الاسلام بعد البلوغ استتيب ثلاثا فإن لم يتب قتل )

قوله : الذين وصفت يعنى الذين ولدوا قبل الردة فإنهم محكوم بإسلامهم فلا يسترقون ومتى قدر على الزوجين أو على أولادهما استتيب منهم من كان بالغا عاقلا فإن لم يتب قتل ومن كان غير بالغ انتظرنا بلوغه ثم استتبناه ، فإن لم يتب قتل وينبغى أن يحبس حتى لا يهرب .

( فصل )

ومتى ارتد أهل بلد وجرت فيه أحكامهم صاروا دار حرب فى اغتنام أموالهم وسبى ذراريهم الحادثين بعد الردة وعلى الامام قتالهم فإن أبا بكر الصديق (رض) قاتل أهل الردة بجماعة الصحابه ولأن الله تعالى قد أمر بقتال الكفار فى مواضع من كتابه وهؤلاء أحقهم بالقتال لأن تركهم ربما أغرى أمثالهم بالتشبه بهم والارتداد معهم فيكثر الضرر بهم وإذا قاتلهم قتل من قدر عليه ويتبع مدبرهم ويجاز على جريحهم وتغنم أموالهم وبهذا قال الشافعى

وقال أبو حنيفة لا تصير دار حرب حتى تجمع فيها ثلاثة أشياء . أن تكون متاخمة لدار الحرب لا شيء بينهما من دار الاسلام الثانى : أن لا يبقى فيها مسلم ولا ذمى آمن . الثالث أن تجرى فيها أحكامهم

ولنا أنها دار كفار فيها أحكامهم فكانت دار حرب كما لو اجتمع فيها هذه الخصال أو دار الكفرة الأصليين .

( فصل ) وإن قتل المرتد من يكافئه عمدا فعليه القصاص ، نص عليه أحمد والولى مخير بين قتله والعفو عنه فإن اختار القصاص قدم على قتل الردة سواء تقدمت الردة أو تأخرت لأنه حق آدمى ، وإن عفا على مال وجبت الدية فى ماله وإن كان القتل خطأ وجبت الدية فى ماله لأنه لا عاقلة له .

قال القاضى : وتؤخذ منه الدية فى ثلاث سنين لأنها دية الخطأ فان قتل أو مات أخذت من ماله فى الحال لأن الدين المؤجل يحل بالموت فى حق من لا وارث له ويحتمل أن تجب الدية عليه حالة لأنها إنما أجلت فى حق العاقلة تخفيفا عليهم لأنهم يحملون عن غيرهم على سبيل المواساة ، فأما الجانى فتجب عليه حالة لأنها بدل عن متلف فكانت حالة كسائر أبدال المتلفات

« مسألة » قال ﴿ ومن أسلم من الأبوين كان أولاده الأصاغر تبعاً له ﴾

وبهذا قال الشافعي . وقال أصحاب الرأي : إذا أسلم أبواه أو أحدهما وأدرك فأبى الاسلام أجبر عليه ولم يقتل : وقال مالك : إن أسلم الأب تبعه أولاده وان أسلمت الأم لم يتبعوها لأن ولد الحربيين يتبع أباه دون أمه بدليل المولبين إذا كان لهما ولد كان ولاؤه لمولى أبيه دون مولى أمه ولو كان الأب عبدا أو الأم مولاة فأعتق العبد لجر ولاء ولده الى مواليه ولأن الولد يشرف بشرف أبيه وينتسب الى قبيلته دون قبيلة أمه فوجب أن يتبع أباه في دينه أي دين كان .

قال الثوري : إذا بلغ خير بين دين أبيه ودين أمه فأيهما اختاره كان على دينه ولعله يحتج بحديث الغلام الذي أسلم أبوه وأبت أمه أن تسلم فخيره النبي صلى الله عليه وسلم بين أبيه وأمه .

ولنا أن الولد يتبع أبويه في الدين فان اختلفا وجب أن يتبع المسلم منهما كولد المسلم من الكتابية ولأن الاسلام يعلو ولا يعلى ويترجح الاسلام بأشياء : منها : أنه دين الله الذي رضيه لعباده وبعث به رسله دعاة لخلقه اليه .

ومنها : انه تحصل به السعادة في الدنيا والاخرة ويتخلص به في الدنيا من القتل والاسترقاق وأداء الجزية وفي الآخرة من سخط الله وعذابه ، ومنها : ان الدار دار الاسـلام يحكم باسلام لقيطها ومن لا يعرف حاله فيها وإذا كان محكوما باسلامه اجبر عليه إذا امتنع منه بالقتل كولد المسلمين ولأنه مسلم فاذا رجع عن اسلامه وجب قتله لقوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » وبالقياس على غيره

ولنا على مالك ان الام احد الابوين فيتبعها ولدها في الاسلام كالاب بل الام اولى به لانها اخص به لانه مخلوق منها حقيقة وتختص بحمله ورضاعه ويتبعها في الرق والحرية والتدبير والكتابة ولأن سائر الحيوانات يتبع الولد امه دون ابيه وهذا يعارض ما ذكره ، واما تخيير الغلام فهو في الحضانة لا في الدين .

« مسأله » قال ﴿ وكذلك من مات من الأبوين على كفره قسم له الميراث وكان مسلما بموت من مات منهما ﴾

يعني : إذا مات احد ابوي الولد الكافرين صار الولد مسلما بموته وقسم له

الميراث وأكثر الفقهاء على أنه لا يحكم بإسلامه بموتهما ولا موت أحدهما لأنه يثبت كفره تبعا ولم يوجد منه إسلام ولا ممن هو تابع له فوجب إبقاؤه على ما كان عليه ولأنه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من خلفائه أنه أجبر أحداً من أهل الذمة على الاسلام بموت أبيه مع أنه لم يخل زمنهم عن موت بعض أهل الذمة عن يتيم.

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه» متفق عليه فجعل كفره بفعل أبويه فإذا مات أحدهما انقطعت التبعية فوجب إبقاؤه على الفطرة التي ولد عليها ولأن المسألة مفروضة فيمن مات أبوه في دار الاسلام وقضية الدار الحكم بإسلام أهلها ولذلك حكمنا باسلام لقيطها وإنما ثبت الكفر للطفل الذي له أبوان فاذا عدما أو أحدهما وجب إبقاؤه على حكم الدار لانقطاع تبعيته لمن يكفر بها. وإنما قسم له الميراث لأن إسلامه إنما ثبت بموت أبيه الذي استحق به الميراث فهو سبب لهما فلم يتقدم الاسلام المانع من الميراث على استحقاقه. ولأن الحرية المعلقة بالموت لا توجب الميراث فيما إذا قال سيد العبد له إذا مات أبوك فأنت حر فمات أبوه فانه يعتق ولا يرث فيجب أن يكون الاسلام المعلق بالموت لا يمنع الميراث وهذا فيما إذا كان في دار الاسلام لانه متى انقطعت تبعيته لابويه أو أحدهما ثبت له حكم الدار فأما دار الحرب فلا نحكم باسلام ولد الكافرين فيها بموتهما ولا موت أحدهما لان الدار لا يحكم باسلام أهلها وكذلك لم نحكم باسلام لقيطها.

«مسألة» قال ﴿ ومن شهد عليه بالردة فقال ما كفرت فان شهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله لم يكشف عن شيء ﴾

الكلام في هذه المسألة في فصلين:

أحدهما: أنه إذا شهد عليه بالردة من تثبت الردة بشهادته فأنكر لم يقبل إنكاره واستتيب فان تاب وإلا قتل، وحكي عن بعض أصحاب أبي حنيفة أن انكاره يكفي في الرجوع الى الاسلام ولا يلزمه النطق بالشهادة لانه لو أقر بالكفر ثم أنكره قبل منه ولم يكلف الشهادتين كذا ههنا.

ولنا . ما روى الأثرم بإسناده عن علي رضي الله عنه أنه أتي برجل عربي قد تنصر فاستتابه فأبى أن يتوب فقتله وأتي برهط يصلون وهم زنادقة وقد قامت عليهم بذلك الشهود العدول فجحدوا وقالوا ليس لنا دين الا الاسلام فقتلهم ولم يستتبهم ثم قال أتدرون لم استتبت النصراني ؟ استتبته لأنه أظهر دينه .

فأما الزنادقة الذين قامت عليهم البينة فانما قتلتهم لأنهم جحدوا وقد قامت عليهم البينة ولأنه قد ثبت كفره فلم يحكم باسلامه بدون الشهادتين كالكافر الأصلي ، ولان انكاره تكذيب للبينة فلم تسمع كسائر الدعاوى ، فأما اذا أقر بالكفر ثم أنكر فيحتمل أن نقول فيه كمسألتنا وان سلمنا فالفرق بينهما أن الحد وجب بقوله فقبل رجوعه عنه وما ثبت بالبينة لم يثبت بقوله فلا يقبل رجوعه عنه كالزنا لو ثبت بقوله فرجع كف عنه وان ثبت ببينة لم يقبل رجوعه .

﴿ فصـــل ﴾

وتقبل الشهادة على الردة من عدلين في قول أكثر أهل العلم . وبه يقول مالك والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، قال ابن المنذر ولا نعلم أحداً خالفهم الا الحسن قال لا يقبل في القتل الا أربعة لأنها شهادة بما يوجب القتل فلم يقبل فيها الا أربعة قياساً على الزنا .

ولنا أنها شهادة في غير الزنا فقبلت من عدلين كالشهادة على السرقة . ولا يصح قياسه على الزنا فانه لم يعتبر فيه الاربعة لعلة القتل بدليل اعتبار ذلك في زنا البكر ولا قتل فيه وانما العلة كونه زنا ولم يوجد ذلك في الردة ثم الفرق بينهما أن القذف بالزنا يوجب ثمانين جلدة بخلاف القذف بالردة .

الفصـــل الثاني : أنه اذا ثبتت ردته بالبينة أو غيرها فشهد أن لا اله الا الله وأن محمداً رسول الله لم يكشف عن صحة ما شهد عليه به وخلي سبيله ولا يكلف الاقرار بما نسب اليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها وحسابهم على الله عز وجل » متفق عليه ولان هذا يثبت به اسلام الكافر الاصلي فكذلك اسلام المرتد ولا حاجة مع ثبوت اسلامه الى الكشف عن صحة ردته، وكلام الخرقي

محمول على من كفر بجحد الوحدانية أو جحد رسالة محمد صلى الله عليه وسلم أو جحدهما معاً .

فأما من كفر بغير هذا فلا يحصل إسلامه إلا بالاقرار بما جحده . ومن أقر برسالة محمد صلى الله عليه وسلم وأنكر كونه مبعوثا إلى العالمين لا يثبت إسلامه حتى يشهد أن محمدا رسول الله إلى الخلق أجمعين أو يتبرأ مع الشهادتين من كل دين يخالف الاسلام ، وإن زعم أن محمدا رسول مبعوث بعد غير هذا لزمه الاقرار بأن هذا المبعوث هو رسول الله ، لأنه إذا اقتصر على الشهادتين احتمل أنه أراد ما اعتقده ، وإن ارتد بجحود فرض لم يسلم حتى يقر بما جحده ويعيد الشهادتين لأنه كذب الله ورسوله بما اعتقده ، وكذلك ان جحد نبيا أو آية من كتاب الله تعالى أو كتابا من كتبه أو ملكا من ملائكته الذين ثبت أنهم ملائكة الله ، أو استباح محرما فلا بد فى إسلامه من الإقرار بما جحده .

وأما الكافر بجحد الدين من أصله إذا شهد أن محمداً رسول الله واقتصر على ذلك ففيه روايتان :

إحداهما : يحكم بإسلامه لأنه روى أن يهوديا قال: أشهد أن محمداً رسول الله ثم مات ، فقال النبي عليه السلام « صلوا على صاحبكم » ولأنه لا يقر برسالة محمد صلى الله عليه وسلم الا وهو مقر بمن أرسله وبتوحيده لأنه صدق النبي (ص) فيما جاء به وقد جاء بتوحيده .

الثانية : أنه ان كان مقراً بالتوحيد كاليهود حكم بإسلامه . لأن توحيد الله ثابت فى حقه وقد ضم اليه الاقرار برسالة محمد صلى الله عليه وسلم فيكمل اسلامه ، وان كان غير موحد كالنصارى والمجوس والوثنيين لم يحكم بإسلامه حتى يشهد أن لا اله الا الله . وبهذا جاءت أكثر الاخبار وهو الصحيح ، لان من جحد شيئين لا يزول جحدهما الا باقراره بهما جميعا .

وان قال أشهد أن النبي رسول الله لم نحكم باسلامه لانه يحتمل أن يريد غير نبينا . وان قال أنا مؤمن أو أنا مسلم فقال القاضى يحكم بإسلامه بهذا . وان لم يلفظ بالشهادتين لانهما اسمان لشيء معلوم معروف وهو الشهادتان . فاذا أخبر عن نفسه بما تضمن الشهادتين كان مخبراً بهما .

وروى المقداد أنه قال يا رسول الله أرأيت ان لقيت رجلا من الكفار فقاتلني فضرب احدى يدى بالسيف فقطعها ثم لاذ منى بشجرة فقال أسلمت أأقتله يا رسول الله بعد أن قالها ؟ قال « لا تقتله فان قتلته فانه بمنزلتك قبل أن تقتله وانك بمنزلته قبل ان يقول كلمته التي قالها »

وعن عمران بن حصين قال . أصاب المسلمون رجلا من بني عقيل فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم به فقال : يا محمد انى مسلم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لو كنت قلت وأنت تملك أمرك أفلحت كل الفلاح » رواهما مسلم ، ويحتمل أن هذا في الكافر الاصلى أو من جحد الوحدانية . أما من كفر بجحد نبي أو كتاب أو فريضة ونحوها فلا يصير مسلما بذلك لانه ربما اعتقد أن الاسلام ما هو عليه فان أهل البدع كلهم يعتقدون انهم هم المسلمون ومنهم من هو كافر .

( فصل ) واذا أتى الكافر بالشهادتين ثم قال لم أرد الاسلام فقد صار مرتدا ويجبر على الاسلام ، نص عليه احمد في رواية جماعة ، ونقل عن احمد انه يقبل منه ولا يجبر على الاسلام لانه يحتمل الصدق فلا يراق دمه بالشبهة ، والاول أولى لأنه قد حكم باسلامه فيقتل اذا رجع كما لو طالت مدته .

( فصل ) واذا صلى الكافر حكم باسلامه سواء كان في دار الحرب او دار الاسلام او صلى جماعة او فرادى : وقال الشافعي ان صلى في دار الحرب حكم باسلامه وان صلى في دار الاسلام لم يحكم باسلامه لانه يحتمل انه صلى رياء وتقية

ولنا ان ما كان اسلاما في دار الحرب كان اسلاما في دار الاسلام كالشهادتين ولأن الصلاة ركن يختص به الاسلام فحكم باسلامه به كالشهادتين ، واحتمال التقية والرياء يبطل بالشهادتين وسواء كان اصليا او مرتدا

واما سائر الاركان من الزكاة والصيام والحج فلا يحكم باسلامه به ، فان المشركين كانوا يحجون في عهد رسول الله ( ص ) حتى منعهم النبي ( ص ) فقال « لا يحج بعد العام مشرك » والزكاة صدقة وهم يتصدقون ، وقد فرض على نصارى بني تغلب من الزكاة مثلي ما يؤخذ من المسلمين ولم يصيروا بذلك مسلمين وأما الصيام فلكل اهل دين صيام ، ولان الصيام ليس بفعل انما هو امساك عن

أفعال مخصوصة فى وقت مخصوص ، وقد يتفق هذا من الكافر كاتفاقه من المسلم ولا عبرة بنية الصيام لأنها أمر باطن لا علم لنا به ، بخلاف الصلاة فإنها أفعال تتميز عن أفعال الكفار ويختص بها أهل الاسلام ، ولا يثبت الاسلام حتى يأتى بصلاة يتميز بها عن صلاة الكفار من استقبال قبلتنا والركوع والسجود ولا يحصل بمجرد القيام لأنهم يقومون فى صلاتهم . ولا فرق بين الأصلى والمرتد فى هذا لأن ماحصل به الاسلام فى الأصلى حصل به فى حق المرتد كالشهادتين ، فعلى هذا لو مات المرتد فأقام ورثته بينة أنه صلى بعد ردته حكم لهم بالميراث إلا أن يثبت أنه ارتد بعد صلاته أو تكون ردته بجحد فريضة أو كتاب أو نبى أو ملك أو نحو ذلك من البدع التى ينتسب أهلها إلى الاسلام فإنه لا يحكم بإسلامه بصلاته لأنه يعتقد وجوب الصلاة ويفعلها مع كفره فأشبه فعله غيرها والله أعلم

( فصــــل )

وإذا أكره على الاسلام من لا يجوز إكراهه كالذمى والمستأمن فأسلم لم يثبت له حكم الاسلام حتى يوجد منه ما يدل على إسلامه طوعا . مثل أن يثبت على الاسلام بعد زوال الإكراه عنه ، فان مات قبل ذلك فحكمه حكم الكفار . وان رجع الى دين الكفر لم يجز قتله ولا إكراهه على الاسلام ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى . وقال محمد بن الحسن . يصير مسلما فى الظاهر ، وإن رجع عنه قتل اذا امتنع عن الاسلام لعموم قوله عليه السلام « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله الا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها » ولأنه أتى بقول الحق فلزمه حكمه كالحربى إذا أكره عليه .

ولنا أنه أكره على ما لا يجوز اكراهه عليه فلم يثبت حكمه فى حقه كالمسلم اذا أكره على الكفر ، والدليل على تحريم الاكراه قوله تعالى ﴿ لا اكراه فى الدين ﴾ وأجمع أهل العلم على أن الذمى اذا أقام على ما عوهد عليه والمستأمن لا يجوز نقض عهده ولا اكراهه على ما لم يلتزمه . ولأنه أكره على مالا يجوز اكراهه عليه فلم يثبت حكمه فى حقه كالإقرار والعتق . وفارق الحربى والمرتد فانه يجوز قتلهما واكراههما على الاسلام بأن يقول ان أسلمت والا قتلناك . فمتى أسلم حكم باسلامه ظاهراً ، وان مات قبل زوال الاكراه عنه فحكمه حكم المسلمين لأنه

أكره بحق لحكم بصحة ما يأتي به ، كما لو أكره المسلم على الصلاة فصلى ، وأما في الباطن فيما بينهم وبين ربهم ، فان من اعتقد الاسلام بقلبه وأسلم فيما بينه وبين الله تعالى فهو مسلم عند الله موعود بما وعد به من أسلم طائعا ، ومن لم يعتقد الاسلام بقلبه فهو باق على كفره لا حظ له في الاسلام ، سواء في هذا من يجوز اكراهه ومن لا يجوز اكراهه ، فان الاسلام لا يحصل بدون اعتقاده من العاقل بدليل أن المنافقين كانوا يظهرون الاسلام ويقومون بفرائضه ولم يكونوا مسلمين

( فصــــل )

ومن أكره على الكفر فأتى بكلمة الكفر لم يصر كافراً ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي ، وقال محمد بن الحسن : هو كافر في الظاهر تبين منه امرأته ولا يرثه المسلمون ان مات ولا يغسل ولا يصلى عليه ، وهو مسلم فيما بينه وبين الله لأنه نطق بكلمة الكفر فأشبه المختار .

ولنا قول الله تعالى ( الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله )

وروى أن عماراً أخذه المشركون فضربوه حتى تكلم بما طلبوا منه ، ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم وهو يبكي فأخبره ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « ان عادوا فعد » . وروى أن الكفار كانوا يعذبون المستضعفين من المؤمنين فما منهم أحد الا أجابهم الا بلال فانه كان يقول أحد أحد .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يثبت حكمه ، كما لو أكره على الاقرار وفارق ما اذا أكره بحق فانه خير بين أمرين يلزمه أحدهما ، فأيهما اختاره ثبت حكمه في حقه . فاذا ثبت انه لم يكفر فمتى زال عنه الاكراه أمر باظهار اسلامه ، فان أظهره فهو باق على اسلامه . وان اظهر الكفر حكم انه كفر من حين نطق به لاننا تبينا بذلك انه كان منشرح الصدر بالكفر من حين نطق به مختاراً له ، وان قامت عليه بينة انه نطق بكلمة الكفر وكان محبوسا عند الكفار ومقيداً عندهم في حالة خوف لم يحكم بردته . لأن ذلك ظاهر في الاكراه . وان شهدت

انه كان آمنا حال نطقه به حكم بردته ، فان ادعى ورثته رجوعه إلى الاسلام لم يقبل الا ببينة لان الاصل بقاؤه على ما هو عليه

وان شهدت البينة عليه بأكل لحم الخنزير لم يحكم بردته لأنه قد يأكله معتقداً تحريمه كما يشرب الخمر من يعتقد تحريمها

وان قال بعض ورثته أكله مستحلا له او اقر بردته حرم ميراثه لانه مقر بأنه لا يستحقه ويدفع الى مدعى اسلامه قدر ميراثه لانه لا يدعى أكثر منه ويدفع الباقى الى بيت المال لعدم من يستحقه، فان كان فى الورثة صغير اوبجنون دفع اليه نصيبه ونصيب المقر بردة الموروث لانه لم تثبت ردته بالنسبة اليه

( فصل ) ومن اكره على كلمة الكفر فالافضل له ان يصبر ولا يقولها ، وان أتى ذلك على نفسه لما روى خباب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ان كان الرجل ممن قبلكم ليحفر له فى الارض فيجعل فيها فيجاء بمنشار فيوضع على شق رأسه ويشق باثنين ما يمنعه ذلك عن دينه ويمشط بأمشاط الحديد ما دون عظمه من لحم ما يصرفه ذلك عن دينه »

وجاء فى تفسير قوله تعالى ( قتل أصحاب الاخدود . النار ذات الوقود . إذ هم عليها قعود . وهم على ما يفعلون بالمؤمنين شهود ) ان بعض ملوك الكفار اخذ قوماً من المؤمنين فخد لهم أخدودا فى الارض وأوقد فيه ناراً ثم قال من لم يرجع عن دينه فألقوه فى النار ، فجعلوا يلقونهم فيها حتى جاءت امرأة على كفها صبي لها فتقاعست من أجل الصبي ، فقال الصبي ياأمه اصبرى فانك على الحق فذكرهم الله فى كتابه . وروى الأثرم عن أبي عبدالله انه سئل عن الرجل يؤسر فيعرض على الكفر ويكره عليه أله أن يرتد ؟ فكرهه كراهة شديدة وقال : ماشبه هذا عندى الذين أنزلت فيهم الآية من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم . أولئك كانوا يرادون على الكلمة ثم يتركون يعملون ماشاءوا وهؤلاء يريدونهم على الاقامة على الكفر وترك دينهم وذلك لان الذى يكره على كلمة يقولها ثم يخلى لاضرر فيها وهذا المقيم بينهم يلتزم باجابتهم الى الكفر المقام عليه واستحلال المحرمات وترك الفرائض والواجبات وفعل المحظورات والمنكرات وان كان امرأة تزوجوها واستولدوها اولادا كفارا وكذلك الرجل وظاهر حالهم المصير الى الكفر الحقيقى والانسلاخ من الدين الحنيفى .

« مسألة » قال ( ومن ارتد وهو سكران لم يقتل حتى يفيق ويتم له ثلاثة أيام من وقت ردته فإن مات فى سكره مات كافراً )

اختلفت الرواية عن أحمد فى ردة السكران فروى عنه أنها تصح ، قال أبو الخطاب وهو أظهر الروايتين عنه ، وهو مذهب الشافعى وعنه لا يصح وهو قول أبى حنيفة لأن ذلك يتعلق بالاعتقاد والقصد ، والسكران لا يصح عقده ولا قصده فأشبه المعتوه ولأنه زائل العقل فلم تصح ردته كالنائم ولأنه غير مكلف فلم تصح ردته كالمجنون والدليل على أنه غير مكلف أن العقل شرط فى التكليف وهو معدوم فى حقه ولهذا لم تصح استتابته .

ولنا أن الصحابة رضى الله عنهم قالوا فى السكران : إذا سكر هذى وإذا هذى افترى فحدوه حد المفترى فأوجبوا عليه حد الفرية التى يأتى بها فى سكره وأقاموا مظنتها مقامها ولأنه يصح طلاقه فصحت ردته كالصاحى ، وقولهم ليس بمكلف ممنوع فإن الصلاة واجبة عليه وكذلك سائر أركان الإسلام ويأثم بفعل المحرمات وهذا معنى التكليف ولأن السكران لا يزول عقله بالكلية ولهذا يتقى المحذورات ويفرح بما يسره ويساء بما يضره ويزول سكره عن قرب من الزمان فأشبه الناعس بخلاف النائم والمجنون ، وأما استتابته فتؤخر الى حين صحوه ليكمل عقله ويفهم ما يقال له وتزال شبهته ان كان قد قال الكفر معتقداً له كما تؤخر استتابته الى حين زوال شدة عطشه وجوعه ، ويؤخر الصبى الى حين بلوغه وكمال عقله ولأن القتل جعل للزجر ولا يحصل الزجر فى حال سكره وان قتله قاتل فى حال سكره لم يضمنه لأن عصمته زالت بردته .

وان مات أو قتل لم يرثه ورثته ولا يقتله حتى يتم له ثلاثة أيام ابتداؤها من حين ارتد ، فإن استمر سكره أكثر من ثلاث لم يقتل حتى يصحو ثم يستتاب عقيب صحوه فإن تاب وإلا قتل فى الحال ، وان أسلم فى سكره صح إسلامه ثم يسأل بعد صحوه فإن ثبت على إسلامه فهو مسلم من حين أسلم لأن إسلامه صحيح وإن كفر فهو كافر من الآن لأن إسلامه صح وإنما يسأل استظهاراً وان مات بعد إسلامه فى سكره مات مسلما .

( فصل ) ويصح إسلام السكران فى سكره سواء كان كافراً أصليا أو مرتدا لانه إذا صحت ردته مع أنها محض مضرة وقول باطل فلأن يصح اسلامه الذى هو قول حق ومحض مصلحة أولى فان رجع عن اسلامه وقال لم أدر ما قلت لم يلتفت الى مقالته وأجبر على الاسلام فان أسلم والا قتل ويتخرج أن لا يصح اسلامه بناء على القول بأن ردته لا تصح فان من لا تصح ردته لا يصح اسلامه كالطفل والمعتوه

( فصل ) ولا تصح ردة المجنون ولا اسلامه لانه لا قول له وان ارتد فى صحته ثم جن لم يقتل فى حال جنونه لانه يقتل بالاصرار على الردة والمجنون لا يوصف بالاصرار ولا يمكن استتابته ولو وجب عليه القصاص لجن قتل لان القصاص لا يسقط عنه بسبب من جهته وههنا يسقط برجوعه ولان القصاص اذا سقط بسبب من جهة المستحق له فنظير مسألتنا أن يجن المستحق للقصاص فانه لا يستوفى حال جنونه .

## فصل

ومن أصاب حداً ثم ارتد ثم أسلم أقيم عليه حده وبهذا قال الشافعى سواء لحق بدار الحرب فى ردته أو لم يلحق بها . وقال قتادة فى مسلم أحدث حدثاً ثم لحق بالروم ثم قدر عليه ان كان ارتد درىء عنه الحد وان لم يكن ارتد أقيم عليه ونحو هذا قال أبو حنيفة والثورى الا حقوق الناس لان ردته أحبطت عمله فأسقطت ماعليه من حقوق الله تعالى كمن فعل ذلك فى حال شركه ولان الاسلام يجب ماقبله . ولنا أنه حق عليه فلم يسقط بردته كحقوق الادميين ، وفارق مافعله فى شركه فانه لم يثبت حكمه فى حقه . وأما قوله الاسلام « يجب ماقبله » فالمراد به ما فعله فى كفره لأنه لو أراد ما قبل ردته أفضى الى كون الردة التى هى أعظم الذنوب مكفرة للذنوب وأن من كثرت ذنوبه ولزمته حدود يكفر ثم يسلم فتكفر ذنوبه وتسقط حدوده .

( فصل ) فأما ما فعله فى ردته فقد نقل مهنا عن أحمد قال سألته عن رجل ارتد عن الاسلام فقطع الطريق وقتل النفس ثم لحق بدار الحرب فأخذه المسلمون فقال تقام فيه الحدود ويقتص منه وسألته عن رجل ارتد فلحق بدار الحرب فقتل بها مسلما ثم رجع تائبا وقد أسلم فأخذه وليه يكون عليه القصاص ؟ فقال قد زال

عنه الحكم لأنه انما قتل وهو مشرك وكذلك ان سرق وهو مشرك ثم توقف بعد ذلك وقال لا أقول فى هذا شيئاً .

وقال القاضى : ما أصاب فى ردته من نفس أو مال أو جرح فعليه ضمانه سواء كان فى منعة وجماعة أو لم يكن لأنه التزم حكم الإسلام بإقراره فلم يسقط بجحده كما لا يسقط ما التزمه عند الحاكم بجحده والصحيح أن ما أصابه المرتد بعد لحوقه بدار الحرب أو كونه فى جماعة ممتنعة لا يضمنه لما ذكرناه فى آخر الباب الذى قبل هذا وما فعله قبل هذا أخذ به اذا كان مما يتعلق به حق آدمى كالجناية على نفس أو مال لأنه فى دار الاسلام فلزمه حكم جنايته كالذمى والمستأمن .

وأما ان ارتكب حداً خالصاً لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة فإنه ان قتل بالردة سقط ما سوى القتل من الحدود لأنه متى اجتمع مع القتل حد اكتفى بالقتل وان رجع الى الاسلام أخذ بحد الزنا والسرقة لانه من أهل دار الاسلام فأخذ بهما كالذمى والمستأمن

وأما حد الخمر فيحتمل أن لا يجب عليه لانه كافر فلا يقام عليه حد الخمر كسائر الكفار . ويحتمل أن يجب لانه أقر بحكم الاسلام قبل ردته وهذا من أحكامه فلم يسقط بجحده بعده والله أعلم

( فصـــل ) ومن ادعى النبوة أو صدق من ادعاها فقد ارتد لأن مسيلمة لما ادعى النبوة فصدقه قومه صاروا بذلك مرتدين ، وكذلك طليحة الأسدى ومصدقوه ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لاتقوم الســـاعة حتى يخرج ثلاثون كذابون كلهم يزعم أنه رسول الله » .

( فصل ) ومن سب الله تعالى كفر سواء كان مازحا أو جاداً ، وكذلك من استهزأ بالله تعالى أو بآياته أو برسله او كتبه ، قال الله تعالى : ولئن سألتهم ليقولن انما كنا نخوض ونلعب قل أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزئون ؟ لاتعتذروا قد كفرتم بعد ايمانكم ، وينبغى أن لا يكتفى من الهازىء بذلك بمجرد الاسلام حتى يؤدب أدبا يزجره عن ذلك فانه اذا لم يكتف ممن سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتوبة فمن سب الله تعالى أولى .

## ﴿ فصل فى السحر ﴾

وهو عقد ورقى وكلام يتكلم به أو يكتبه أو يعمل شيئا يؤثر فى بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشرة له ، وله حقيقة فمنه ما يقتل وما يمرض وما يأخذ الرجل عن امرأته فيمنعه وطأهـا ، ومنه ما يفرق بين المرء وزوجه وما يبغض أحدهما الى الآخر أو يحبب بين اثنين ، وهذا قول الشافعى .

وذهب بعض أصحابه الى أنه لا حقيقة له انما هو تخييل لأن الله تعالى قال ( يخيل اليه من سحرهم أنها تسعى ) وقال أصحاب أبى حنيفة ان كان شيئا يصل الى بدن المسحور ، كدخان ونحوه جاز أن يحصل منه ذلك ، فأما أن يحصل المرض والموت من غير أن يصل الى بدنه شىء فلا يجوز ذلك لانه لو جاز لبطلت معجزات الانبياء عليهم السلام لان ذلك يخرق العادات ، فاذا جاز من غير الانبياء بطلت معجزاتهم وأدلتهم .

ولنا قول الله تعالى ( قل أعوذ برب الفلق من شر ما خلق ومن شر غاسق اذا وقب ومن شر النفاثات فى العقد ) يعنى السواحر اللاتى يعقدن فى سحرهن وينفثن عليه ولولا أن السحر له حقيقة لما أمر الله تعالى بالاستعاذة منه ، وقال الله تعالى ( يعلمون الناس السحر وما أنزل على الملكين ببابل هاروت وماروت ـ الى قوله ( فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه ) .

وروت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم سحر حتى أنه ليخيل اليه أنه يفعل الشىء وما يفعله وأنه قال لها ذات يوم « أشعرت أن الله تعالى أفتانى فيما استفتيته ؟ أنه اتانى ملكان فجلس احدهما عند رأسى والآخر عند رجلى فقال ما وجع الرجل ؟ قال مطبوب قال من طبه ؟ .

قال لبيد بن الاعصم فى مشط ومشاطة فى جف طلعة ذكر فى بئر ذى اروان » ذكره البخارى وغيره . جف الطلعة وعاؤها والمشاطة الشعر الذى يخرج من شعر الرأس او غيره اذا مشط . فقد اثبت لهم سحراً .

وقد اشتهرت بين الناس وجود عقد الرجل عن امرأته حين يتزوجها فلا يقدر على اتيانها وحل عقده فيقدر عليها بعد عجزه عنها حتى صار متواتراً لا يمكن جحده

وروى من أخبار السحرة ما لا يكاد يمكن التواطؤ على الكذب فيه . وأما إبطال المعجزات فلا يلزم من هذا لأنه لا يبلغ ما يأتى به الانبياء عليهم السلام وليس يلزم أن ينتهى الى أن تسعى العصى والحبال .

اذا ثبت هذا فان تعلم السحر وتعليمه حرام لانعلم فيه خلافا بين أهل العلم ، قال أصحابنا ويكفر الساحر بتعلمه وفعله سواء اعتقد تحريمه أو إباحته وروى عن أحمد ما يدل على أنه لا يكفر فإن حنبلا روى عنه قال : قال عمى فى العراف والكاهن والساحر : أرى أن يستتاب من هذه الافاعيل كلها فإنه عندى فى معنى المرتد فان تاب وراجع يعنى يخلى سبيله . قلت له يقتل ؟ قال لا ، يحبس لعله يرجع قلت له لم لا تقتله؟ قال اذا كان يصلى لعله يتوب ويرجع . وهذا يدل على أنه لم يكفره لأنه لو كفره لقتله . وقوله فى معنى المرتد يعنى فى الاستتابة

وقال أصحاب أبى حنيفة : إن اعتقد أن الشياطين تفعل له ما يشاء كفر وان اعتقد أنه تخييل لم يكفر . وقال الشافعى . ان اعتقد مايوجب الكفر مثل التقرب الى الكواكب السبعة وأنها تفعل ما يلتمس أواعتقد حل السحر كفر لان القرآن نطق بتحريمه وثبت بالنقل المتواتر والاجماع عليه والا فسق ولم يكفر لان عائشة رضى الله عنها باعت مدبرة لها سحرتها بمحضر من الصحابه ولو كفرت لصارت مرتدة يجب قتلها ولم يجز استرقاقها ولأنه شىء يضر بالناس فلم يكفر بمجرده كأذاهم

ولنا : قول الله تعالى ( واتبعوا ما تتلوا الشياطين على ملك سليمان وما كفر سليمان ولكن الشياطين كفروا ) الى قوله ( وما يعلمان من أحد حتى يقولا انما نحن فتنة فلا تكفر ) أى وما كفر سليمان أى وما كان ساحراً كفر بسحره ، وقولهما انما نحن فتنة فلا تكفر أى لا تتعلمه فتكفر بذلك

وقد روى هشام ابن عروة عن أبيه عن عائشه أن امرأة جاءتها فجعلت تبكى بكاء شديداً وقالت يا أم المؤمنين ان عجوزا ذهبت بى الى هاروت وماروت فقلت علمانى السحر فقالا اتقى الله ولا تكفرى فانك على رأس أمرك فقلت علمانى السحر فقالا اذهبى الى ذلك التنور فبولى فيه ففعلت فرأيت كأن فارسا مقنعا فى الحديد خرج منى حتى طار فغاب فى السماء فرجعت اليهما فأخبرتهما فقالا ذلك ايمانك فذكرت باقى القصة ، الى أن قالت ، والله يا أم المؤمنين ما صنعت شيئا غير هذا ولا أصنعه أبدا

فهل لى من توبة ، قالت عائشة ورأيتها تبكى بكاء شــــديداً ، فطافت فى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم متوافرون تسألهم هل لها من توبة ؟ فما أفتاها أحد إلا ابن عباس قال لها إن كان أحد من أبويك حيا فبريه وأكثرى من عمل البر ما استطعت ، وقول عائشة قد خالفها فيه كثير من الصحابة ، وقال على رضى الله عنه : الساحر كافر ويحتمل أن المدبرة تابت فسقط عنها القتل والكفر بتوبتها ويحتمل أنها سحرتها بمعنى أنها ذهبت الى ساحر سحر لها .

( فصل ) وحد الساحر القتل ، روى ذلك عن عمر وعثمان بن عفان وابن عمر وحفصة وجندب بن عبد الله وجندب بن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبدالعزيز وهو قول أبى حنيفة ومالك ولم ير الشافعى عليه القتل بمجرد السحر ، وهو قول ابن المنذر ورواية عن أحمد قد ذكرناها فيما تقدم ، ووجه ذلك أن عائشة رضى الله عنها باعت مدبرة سحرتها ولو وجب قتلها لما حل بيعها ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لايحل دم امرىء مسلم الا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان أو زنا بعد إحصان . أو قتل نفس بغير حق » ولم يصدر منه أحد الثلاثة فوجب أن لا يحل دمه .

ولنا ماروى جندب بن عبد الله عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « حد الساحر ضربه بالسيف » قال ابن المنذر رواه اسماعيل بن مسلم وهو ضعيف ، وروى سعيد وأبو داود فى كتابيهما عن بجالة قال : كنت كاتبا لجزء بن معاوية عم الأحنف بن قيس إذ جاءنا كتاب عمر قبل موته بسنة : اقتلوا كل ساحر ، فقتلنا ثلاث سواحر فى يوم ، وهذا اشتهر فلم ينكر فكان إجماعا . وقتلت حفصة جارية لها سحرتها ، وقتل جندب بن كعب ساحراً كان يسحر بين يدى الوليد بن عقبة ، ولأنه كافر فيقتل للخبر الذى رووه .

( فصل ) وهل يستتاب الساحر فيه روايتان . إحداهما : لا يستتاب وهو ظاهر ما نقل عن الصحابة فانه لم ينقل عن أحد منهم أنه استتاب ساحراً ، وفى الحديث الذى رواه هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن الساحرة سألت أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وهم متوافرون هل لها من توبه فما أفتاها أحد ، ولأن السحر معنى فى قلبه لا يزول بالتوبة فيشبه من لم يتب .

والرواية الثانية يستتاب ، فإن تاب قبلت توبته لأنه ليس بأعظم من الشرك والمشرك يستتاب ، ومعرفته السحر لا تمنع قبول توبته فإن الله تعالى قبل توبة سحرة فرعون وجعلهم من أوليائه فى ساعة ، ولان الساحر لو كان كافرا فأسلم صح إسلامه وتوبته فإذا صحت التوبة منهما صحت من أحدهما كالكفر ، ولأن الكفر والقتل إنما هو بعمله بالسحر لا بعلمه بدليل الساحر إذا أسلم ، والعمل به يمكن التوبة منه ، وكذلك اعتقاد ما يكفر باعتقاده يمكن التوبة منه كالشرك ، وهاتان الروايتان فى ثبوت حكم التوبة فى الدنيا من سقوط القتل ونحوه ، فأما فيما بينه وبين الله وسقوط عقوبة الدار الآخرة عنه فيصح ، فان الله تعالى لم يسد باب التوبة عن أحد من خلقه . ومن تاب الى الله قبل توبته لا نعلم فى هذا خلافا

( فصل ) والسحر الذى ذكرنا حكمه هو الذى يعد فى العرف سحرا ، مثل فعل لبيد بن الاعصم حين سحر النبى صلى الله عليه وسلم فى مشط ومشاطة . وروينا فى مغازى الاموى أن النجاشى دعا السواحر فنفخن فى إحليل عمارة بن الوليد فهام مع الوحش فلم يزل معها الى إمارة عمر بن الخطاب رضى الله عنه ؛ فأمسكه إنسان فقال خلنى والا مت فلم يخله فمات من ساعته .

وبلغنا أن بعض الامراء أخذ ساحرة فجاء زوجها كأنه محترق ، فقال قولوا لها تحل عنى ، فقالت ائتونى بخيوط وباب ، فجلست على الباب حين أتوها به وجعلت تعقد وطار بها الباب فلم يقدروا عليها .

فهذا وأمثاله مثل أن يعقد الرجل المتزوج فلا يطيق وطء زوجته هو السحر المختلف فى حكم صاحبه .

فأما الذى يعزم على المصروع ، يزعم أنه يجمع الجن ويأمرها فتطيعه ، فهذا لا يدخل فى هذا الحكم ظاهرا ؛ وذكره القاضى وأبو الخطاب فى جملة السحرة ، وأما من يحل السحر فان كان بشىء من القرآن أو شىء من الذكر والأقسام والكلام الذى لا بأس به فلا بأس به ، وان كان بشىء من السحر فقد توقف أحمد عنه ، قال الاثرم : سمعت أبا عبد الله سئل عن رجل يزعم أنه يحل السحر ، فقال قد رخص فيه بعض الناس ، قيل لأبى عبد الله انه يجعل فى الطنجير ماء ويغيب فيه ويعمل كذا ، فنفض يده كالمنكر وقال : ما أدرى ماهذا ، قيل له فترى

أن يؤتى مثل هذا يحل السحر ؟ فقال ما أدرى ما هذا . وروى عن محمد بن سيرين أنه سئل عن امرأة يعذبها السحرة : فقال رجل اخط خطا عليها واغرز السكين عند مجمع الخط واقرأ القرآن ، فقال محمد ما أعلم بقراءة القرآن بأسا على حال ولا أدرى ما الخط والسكين .

وروى عن سعيد بن المسيب فى الرجل يؤخذ عن امرأته فيلتمس من يداويه فقال إنما نهى الله عما يضر ولم ينه عما ينفع ، وقال أيضا : إن استطعت أن تنفع أخاك فافعل ، فهذا من قولهم يدل على أن المعزم ونحوه لم يدخلوا فى حكم السحرة ولأنهم لا يسمون به وهو مما ينفع ولا يضر .

( فصل ) فأما الكاهن الذى له رئى من الجن تأتيه بالأخبار ، والعراف الذى يحدس ويتخرص ، فقد قال أحمد فى رواية حنبل فى العراف والكاهن والساحر : أرى أن يستتاب من هذه الافاعيل ، قيل له يقتل ؟ قال لا ، يحبس لعله يرجع : قال والعرافة طرف من السحر والساحر أخبث لأن السحر شعبة من الكفر . وقال الساحر والكاهن حكمهما القتل أو الحبس حتى يتوبا ، لأنهما يلبسان أمرهما وحديث عمر : اقتلوا كل ساحر وكاهن ، وليس هو من أمر الاسلام ، وهذا يدل أن كل واحد منهما فيه روايتان ، إحداهما أنه يقتل اذا لم يتب . والثانية : لا يقتل لان حكمه أخف من حكم الساحر وقد اختلف فيه ، فهذا يدرىء القتل عنه أولى

( فصل ) فأما ساحر أهل الكتاب فلا يقتل لسحره الا أن يقتل به وهو مما يقتل به غالبا فيقتل قصاصا .

وقال أبو حنيفة : يقتل لعموم ما تقدم من الاخبار : ولانه جناية أوجبت قتل المسلم فأوجبت قتل الذمى كالقتل .

ولنا أن لبيد بن الاعصم سحر النبى صلى الله عليه وسلم فلم يقتله ولان الشرك أعظم من سحره ولا يقتل به ، والاخبار وردت فى ساحر المسلمين ، لانه يكفر بسحره ، وهذا كافر أصلى ، وقياسهم ينتقض باعتقاد الكفر والتكلم به وينتقض بالزنا من المحصن فإنه لا يقتل به الذمى عندهم ويقتل به المسلم والله أعلم .

( تم الجزء الثامن بعون الله ويليه الجزء التاسع )

## ( فهرس الجزء الثامن من المغني )



( كتاب العـــدد )

## ﴿ كتاب الجراح ﴾



### ( باب القـــود )

## ( كتاب الديات )

( باب ديات الجراح )

( باب القسامة )

( كتاب قتل أهل البغى )

## ( كتـاب المرتد )

## نصيحة

بمناسبة ماجاء فى هذا الجزء ( ص ٥٦٩ ) من الكلام عن السحر وان منه مايمنع الرجل من إتيان زوجته ، وإمكان إبطال ذلك أقول :

لا أريد أن أتعرض لما قاله المؤلف بالنفى أو الاثبات ، وانما أقول ان هذا يفتح المجال لأهل الدجل والشعوذة والجهلة الذين لا يعرفون السحر ، وانما كل همهم أكل أموال الناس بالباطل

ونصيحتى لكل زوج جديد ان حصل له منع عن الاتصال الجنسى هى أن لا يتسرع فى استدعاء هؤلاء الذين يزعمون انهم يحلون المربوط ، ويصبر بضعة أيام وسيزول هذا المنع ان شاء الله .

ذلك أن هذا الزوج الجديد لا يخلو من أحد أمرين :

( ١ ) اما انه رجل مسلم عفيف لم يكن يتورط فيما يتورط فيه غيره من الزنا فهو اذاً كان معطلا للعضو ، وكل عضو يتعطل عن وظيفته يحتاج الى تنشيط عند ارادة استعماله · ألا ترى ان الرجل الذى لم يتعود على المشى يتعب جدا اذا اضطرته الظروف الى المشى ، وهكذا الرجل الذى لم يتعود على حمل الأثقال

وعلاج هذا الرجل هو أن يداعب عروسه طويلا ولا ييأس من زوال حالته، وقد جربنا وجرب غيرنا هذا العلاج فأتى بالنتيجة المطلوبه

( ٢ ) واما انه كان يتورط فى الزنا وأسرف على نفسه حتى أصيب بضعف الاعصاب فهذا علاجه عند الدكاترة والحقن لا عند الدجالين والنصابين

## بشرى عظيمة

يسرنا أن نعلن القراء الكرام أن صديقنا الشيخ عبد الحى على محفوظ يعمل اليوم على نشر تفسير فتح البيان للعلامه المحقق صديق حسن خان ، وهو يقع فى عشرة أجزاء كبيرة ، ويصدر الجزء الأول فى اكتوبر ٦٥ ان شاء الله

كما عزم الشيخ على تجريد تفسير الجزأين الأخيرين من القرآن ( عم وتبارك ) وطبعهما على حدة لينتفع بهما كل مدرس ومدرسة عند افتتاح المدارس عام ١٩٦٥

وسيكون على ورق أبيض صقيل وطبع أنيق ، وسيكون لمطبعة الامام النصيب الوافر من توزيع هذه المطبوعات ان شاء الله



